

Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
FLURIN VON PLANTA
von Zuoz und Chur GR

1907

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
FLURIN VON PLANTA
von Zuoz und Chur GR

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Dezember 1987

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 59 der Reihe

Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1988

ISBN 3 7255 2603 6

Druck: Huber Druck AG, Entlebuch

*Meinen Eltern
und
meiner lieben Frau*

An dieser Stelle möchte ich Herrn Prof. Dr. Meier-Hayoz ganz herzlich danken für die mir gewährte Freiheit und Unterstützung bei der Abfassung der vorliegenden Arbeit.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XV
Einleitung	1

I. Teil: Umfeld und Ursprung des Interessenkonfliktes 3

1. Kapitel: Der Konzern und seine Problematik 5

§ 1	<i>Der Konzern in der Theorie</i>	5
1.1.	Begriff	5
1.1.1.	Allgemein	5
1.1.2.	Die wichtigsten Definitionen	5
1.1.3.	Präzisierung und Einschränkung der Definition	6
1.1.4.	Terminologie	7
1.2.	Begriffsmerkmale im einzelnen	7
1.2.1.	Zusammenfassung von zwei oder mehr Gesellschaften	7
1.2.2.	Rechtliche Selbständigkeit	8
1.2.3.	Einheitliche Leitung	8
1.3.	Die Einheitstheorie	9
1.4.	Arten des Konzerns	10
1.4.1.	Unterscheidungskriterien	10
1.4.2.	Gleichordnungs- und Unterordnungskonzern	11
1.4.3.	Vertragskonzern und faktischer Konzern	12
1.4.4.	Horizontal-, Vertikal- und Diagonalkonzern	12
1.4.5.	Weitere Unterscheidungsmöglichkeiten	13
1.5.	Abgrenzungen	13
1.5.1.	Konzern-fusionierte Gesellschaften	13
1.5.2.	Konzern-Kartell	13

1.5.3.	Konzern-Trust	14
1.6.	Konzern und Holdinggesellschaft	14
1.6.1.	Begriff	14
1.6.2.	Bedeutung der Holding für den Konzern	15
§ 2	<i>Der Konzern in der Praxis</i>	16
2.1.	Entwicklung und heutiger Stand der Konzentration	16
2.2.	Motive für die Konzentration	17
2.2.1.	Einzelwirtschaftliche Motive	17
2.2.2.	Gesamtwirtschaftliche Motive	18
2.2.3.	Rechtliche Motive	18
2.2.4.	Persönliche Motive	19
2.3.	Wirkungen der Konzentration	20
2.3.1.	Für die Obergesellschaft	20
2.3.2.	Für die Konzerngesellschaft	20
§ 3	<i>Der Konzern als Rechtsproblem</i>	22
3.1.	Die rechtliche Regelung des Konzerns in der Schweiz	22
3.1.1.	Gesetzliche Grundlagen	22
3.1.2.	Stand der Diskussion	23
3.2.	Die Problematik der heutigen Situation	23
3.2.1.	Allgemein	23
3.2.2.	Die gefährdeten Gruppen	25
3.2.3.	Die Lage des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft im besonderen	25
2. Kapitel:	Schädigungen im Konzern	27
§ 4	<i>Schädigungsmotive</i>	27
4.1.	Vorbemerkung	27
4.2.	Grundmotiv	27
4.3.	Motive im einzelnen	28
4.3.1.	Steuerersparnis	28
4.3.2.	Reduzierung von Dividendenausschüttungen	28
4.3.3.	Gewinnverschleierung	28
4.3.4.	Festigung der Konzerneinheit	29
4.3.5.	Risikoabwälzung	29
4.3.6.	Imagepflege	29
4.4.	Beurteilung	29
§ 5	<i>Schädigungsmöglichkeiten</i>	31
5.1.	Überblick	31
5.2.	Beeinflussung des geschäftlichen Bereichs	32

5.2.1.	Führungsbereich	32
5.2.1.1.	Investitionspolitik	32
5.2.1.2.	Reservenpolitik	32
5.2.2.	Versorgungsbereich	35
5.2.2.1.	Mitarbeiter	35
5.2.2.2.	Anlagen	35
5.2.2.3.	Material	36
5.2.2.4.	Finanzen	37
5.2.2.5.	Informationen	38
5.2.3.	Vollzugsbereich	39
5.2.3.1.	Forschung und Entwicklung	39
5.2.3.2.	Produktion	40
5.2.3.3.	Absatz	41
5.3.	Beeinflussung des strukturellen Bereichs	41
5.3.1.	Gründung der Gesellschaft	41
5.3.2.	Veränderung der Gesellschaft	43
5.3.3.	Auflösung der Gesellschaft	44
§ 6	<i>Zusammenfassung und Schlussfolgerungen</i>	47

II. Teil: Das rechtliche Element des Interessenkonfliktes 49

3. Kapitel: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im allgemeinen 51

§ 7	<i>Begriff, Stellung und Pflichten des Verwaltungsrates</i>	51
7.1.	Begriff des Verwaltungsrates	51
7.2.	Stellung des Verwaltungsrates	52
7.3.	Pflichten des Verwaltungsrates	53
7.3.1.	Allgemein	53
7.3.2.	Die Sorgfaltspflicht	53
7.3.3.	Die Treuepflicht	55
7.3.4.	Die Geheimhaltungspflicht	56
§ 8	<i>Die Sanktion der Pflichtverletzung: die Verantwortlichkeitsklage</i>	57
8.1.	Vorbemerkung	57
8.2.	Ersatzpflichtige	57
8.3.	Anspruchsberechtigte	59
8.3.1.	Die Gesellschaft	59
8.3.2.	Die Aktionäre	60

8.3.2.1.	Bei unmittelbarem Schaden	61
8.3.2.2.	Bei mittelbarem Schaden	61
8.3.3.	Die Gläubiger	63
8.3.3.1.	Bei unmittelbarem Schaden	64
8.3.3.2.	Bei mittelbarem Schaden	64
8.4.	Allgemeine Klagevoraussetzungen	65
8.4.1.	Schaden	65
8.4.2.	Pflichtwidrigkeit	66
8.4.3.	Kausalzusammenhang	67
8.4.4.	Verschulden	68
8.5.	Schadenersatzbemessung	71
8.6.	Mehrheit von Ersatzpflichtigen	72
8.6.1.	Die Lage im Aussenverhältnis: Solidarität	72
8.6.2.	Die Lage im Innenverhältnis: Rückgriff	74
8.7.	Untergang der Ansprüche aus Verantwortlichkeit	76
8.7.1.	Entlastung	76
8.7.2.	Ausführung von Generalversammlungsbeschlüssen	79
8.7.3.	Verjährung	80
8.7.4.	Vergleich und Urteil	81
8.8.	Verhältnis der Verantwortlichkeitsklage zu anderen Haftungsnormen	83

§ 9	<i>Stellung und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im Entwurf zur Revision des Aktienrechtes</i>	85
9.1.	Vorbemerkung	85
9.2.	Stellung des Verwaltungsrates	85
9.3.	Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates	86
9.4.	Die Sonderprüfung	88
9.5.	Würdigung der Vorschläge	89

4. Kapitel: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft 91

§ 10	<i>Die abhängige Konzerngesellschaft</i>	91
10.1.	Vorbemerkung	91
10.2.	Begriff	91
10.3.	Formen der Abhängigkeit	93
10.3.1.	Stimmenmässige Abhängigkeit	93
10.3.2.	Statutarische Abhängigkeit	95
10.3.3.	Vertragliche Abhängigkeit	96
10.3.4.	Sonstige Abhängigkeiten	96
10.4.	Grenzen der Abhängigkeit	97
10.4.1.	Bei der stimmenmässigen Abhängigkeit	97

10.4.2.	Bei der statutarischen Abhängigkeit	99
10.4.3.	Bei der vertraglichen Abhängigkeit	101
§ 11	<i>Der Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft</i>	102
11.1.	Vorbemerkung	102
11.2.	Begriffe und Formen	103
11.2.1.	Der abhängige Verwaltungsrat	103
11.2.1.1.	Der offen vertretende Verwaltungsrat	103
11.2.1.2.	Der verdeckte (fiduziarische) Verwaltungsrat	104
11.2.2.	Der konzernfreie Verwaltungsrat	105
11.2.2.1.	Der Minderheitenvertreter	106
11.2.2.2.	Die «unabhängige Persönlichkeit»	106
11.3.	Rechtliche Zulässigkeit	107
11.3.1.	Des offen vertretenden Verwaltungsrates	107
11.3.2.	Des fiduziarischen Verwaltungsrates	108
11.3.2.1.	Die ablehnende Haltung	108
11.3.2.2.	Die befürwortende Haltung	109
11.3.2.3.	Die vermittelnde Haltung	110
11.3.2.4.	Analyse der einzelnen Meinungen und eigene Haltung	111
11.3.3.	Des konzernfreien Verwaltungsrates	114
§ 12	<i>Die Verantwortlichkeit in der abhängigen Konzerngesellschaft</i>	116
12.1.	Vorbemerkung	116
12.2.	Die Verantwortlichkeit des abhängigen Verwaltungsrates	116
12.2.1.	Im Falle der offenen Vertretung	116
12.2.2.	Im Falle der fiduziarischen Vertretung	118
12.3.	Die Verantwortlichkeit des konzernfreien Verwaltungsrates	121
12.3.1.	Im Falle des Minderheitenvertreters	121
12.3.2.	Im Falle der «unabhängigen Persönlichkeit»	122
§ 13	<i>Einzelfragen zur Verantwortlichkeit</i>	124
13.1.	Vorbemerkung	124
13.2.	Das Gesellschaftsinteresse als Entscheidungskriterium des Verwaltungsrates	124
13.3.	Das Informationsproblem des konzernfreien Verwaltungsrates	128
13.4.	Die besondere Problematik der Doppelorganschaft	130
13.5.	Strafrechtliche Aspekte der Verantwortlichkeit	131
§ 14	<i>Zusammenfassung und Schlussfolgerungen</i>	135

III. Teil: Das faktische Element des Interessenkonfliktes 137

5. Kapitel: Die Lage des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft in der Praxis 139

§ 15	<i>Der Einfluss der Konzernleitung auf die Existenz des Verwaltungsrates</i>	139
15.1.	Bei der Begründung des Mandates	139
15.2.	Bei der Beendigung des Mandates	140
15.3.	Grenzen des Einflusses der Konzernleitung	141
§ 16	<i>Der Einfluss der Konzernleitung auf die Amtsführung des Verwaltungsrates</i>	144
16.1.	Bei der Meinungsbildung des Verwaltungsrates	144
16.2.	Bei der Entscheidungsfällung durch den Verwaltungsrat	146
16.3.	Exkurs: Zur psychologischen Situation des Verwaltungsrates	148
§ 17	<i>Zusammenfassung und Schlussfolgerungen</i>	150

IV. Teil: Die Aktualisierung des Interessenkonfliktes und seine Überwindung 151

6. Kapitel: Die Divergenz von Theorie und Praxis als Problem für den Verwaltungsrat 153

§ 18	<i>Der Verwaltungsrat zwischen «Sollen» und «Dürfen»</i>	153
18.1.	Vorbemerkung	153
18.2.	Die Situation des abhängigen Verwaltungsrates	153
18.3.	Die Situation des konzernfreien Verwaltungsrates	157
18.3.1.	Die Lage des Minderheitenvertreters	157
18.3.2.	Die Lage der «unabhängigen Persönlichkeit»	159

7. Kapitel:	Massnahmen zur Milderung und Überwindung des Interessenkonfliktes	161
§ 19	<i>Möglichkeiten de lege lata</i>	161
19.1.	Vorbemerkung	161
19.2.	Information als Grundvoraussetzung	161
19.3.	Massnahmen zur Reduzierung unzulässiger Weisungen	162
19.3.1.	Beeinflussung der Konzernleitung	162
19.3.2.	Bestehen auf Einhaltung der Formalien	163
19.4.	Massnahmen zur Vermeidung von Verantwortlichkeitsklagen	165
19.4.1.	Kompetenzdelegation	165
19.4.2.	Abwesenheit und Stillschweigen	166
19.4.3.	Aktives Vorgehen gegen schädigende Verwaltungsratsbeschlüsse	166
19.4.3.1.	Protokollierung der abweichenden Meinung	167
19.4.3.2.	Schriftlicher Protest und Rückkommensantrag	168
19.4.3.3.	Weiterzug des Beschlusses an die Generalversammlung	169
19.4.3.4.	Anfechtung des Beschlusses beim Richter	171
19.4.3.5.	Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses	172
19.4.4.	Niederlegung des Mandates	174
19.5.	Flankierende Massnahmen	175
§ 20	<i>Möglichkeiten de lege ferenda</i>	177
20.1.	Vorbemerkung	177
20.2.	Aktienrechtsrevision oder Konzernrecht?	177
20.3.	Verbot von Weisungen oder Regelung ihrer Folgen?	178
§ 21	<i>Zusammenfassung und Schlussfolgerungen</i>	183



Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Abt.	Abteilung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz vom 6. September 1965
a.M.	anderer Meinung
aOR	altOR, Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911
Art.	Artikel
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, Bern
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BezGer	Bezirksgericht
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
Diss.	Dissertation
E	Erwägung
f.	und folgende (Seite, Note usw.)
ff.	und folgende (Seiten, Noten usw.)
FN	Fussnote
gl.M.	gleicher Meinung
GV	Generalversammlung
Halbbd.	Halbband
i.S.	im Sinne
KG	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962
Lfg.	Lieferung
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens

MSchG	Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken . . . vom 26. September 1890
N	Note, Randnote
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, Zürich
Pra.	Die Praxis des Bundesgerichts, Basel
S.	Seite
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SE	Societas Europaea (Europäische Aktiengesellschaft)
Sem.jud.	La Semaine judiciaire, Genève
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich
StenBull	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bern

Literaturverzeichnis

Die nachstehend aufgeführten Publikationen werden grundsätzlich nur mit dem Autorennamen zitiert. Bei Notwendigkeit einer näheren Umschreibung wird die Zitierweise in Klammern angegeben.

Albers-Schönberg Max, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 44, Zürich 1980. (Albers)

Bär Rolf, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZBJV 95 (1959) 369 ff. (Bär, Minderheitenschutz)

– – Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 85 (1966) II 321 ff. (Bär, Fragen)

– – Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen, ZBJV 106 (1970) 457 ff. (Bär, Verantwortlichkeit)

– – Funktionsgerechte Ordnung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, SAG 58 (1986) 57 ff. (Bär, Ordnung)

Bättig Kurt, Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle im Aktienrecht, Diss. St. Gallen, Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, Bd. 16, Zürich 1976.

Baum Hans Peter, Gestaltung und Organisation der Führung und oberen Leitung deutscher und britischer Konzerne – eine Untersuchung in den Industriezweigen Eisen und Stahl, Maschinenbau, Chemie und Elektrotechnik, Diss. Techn. Universität Berlin 1963.

Benoît Armand, La représentation de groupes et de minorités d'actionnaires à l'administration des sociétés anonymes, Diss. Lausanne 1956.

Biedenkopf Kurt/Koppensteiner Hans-Georg, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 1. Lfg., §§ 15–22, Köln, Berlin, Bonn, München 1970.

Biggel Hans, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemäss Art. 673 ff. OR/754 ff. rev. OR unter Berücksichtigung des geltenden und kommenden deutschen, französischen und italienischen Rechts, Diss. Zürich 1940.

- Böckli Peter*, Revision des Aktienrechtes, SJZ 80 (1984) 257 ff.
- Bosman Aleidus Gérard*, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss. Zürich, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 76, Zürich 1984.
- Botschaft* des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechtes vom 21. Februar 1928, Sonderabdruck sowie BBl. 80 (1928) I 205 ff.; Seitenzahlen hier gemäss Sonderabdruck (Botschaft 1928).
- Botschaft* des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, Sonderabdruck sowie BBl. 135 (1983) II 745 ff.; Seitenzahlen hier gemäss Sonderabdruck (Botschaft 1983).
- Botschaft* des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961, BBl. 113 (1961) II 553 ff. (Botschaft KG).
- Brachvogel Gerrit*, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Konzern, Diss. München 1967.
- Bucher Eugen*, Für eine strafrechtliche Durchgriffslehre bei Delikten der Verwaltung zum Nachteil juristischer Personen, in: Lebendiges Strafrecht, Festgabe Schultz, Bern 1977, 165 ff.
- von *Büren Bruno*, Zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, SAG 22 (1949/50) 149 ff.
- Bürgi Wolfhart F.*, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Bd. V/5b/1-2: 1. Halbbd.: Rechte und Pflichten der Aktionäre (OR 660-697), Zürich 1957; 2. Halbbd.: Organisation der Aktiengesellschaft (OR 698-738), Zürich 1969. (Bürgi, Kommentar)
- Bürgi Wolfhart F./ Nordmann Ursula*, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Bd. V/5b/3: 3. Halbbd.: Auflösung, Verantwortlichkeit usw.; die Kommanditaktiengesellschaft (OR 739-771), Zürich 1979.
- Cafilisch Silvio*, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961.
- Dallèves Louis, Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises, ZSR 92 (1973) II 559 ff. (Dallèves, Referat)
- - Stellungnahme anlässlich der Diskussion über privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation an der 107. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, gemäss Protokoll vom 8. September 1973, ZSR 92 (1973) II 1016 ff. (Dallèves, Diskussion)

- Dennler Markus*, Durchgriff im Konzern, Diss. Zürich 1984.
- Diskussion* über privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation an der 107. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, gemäss Protokoll vom 8. September 1973, ZSR 92 (1973) II 1008 ff. (Diskussion)
- Dreger Karl Martin*, Probleme des Gläubigerschutzes im Konzern, Diss. Mannheim 1966.
- Druey Jean Nicolas*, Aufgaben eines Konzernrechts, ZSR 99 (1980) II 273 ff. (Druey, Konzern)
- - Organ und Organisation. Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, SAG 53 (1981) 77 ff. (Druey, Organ)
 - - Company Groups in Swiss Law, in: Groups of Companies in European Law/Les groupes de sociétés en droit européen, Volume II, Berlin/New York 1982, 131 ff. (Druey, Company Groups)
- Düggelin Hans*, Die Sonderprüfung als Rechtsbehelf des Aktionärs zur Kontrolle der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, Diss. Bern, Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, Bd. 19, Zürich 1977.
- Ebenroth C. Th.*, Zum «Durchgriff» im Gesellschaftsrecht, SAG 57 (1985) 124 ff.
- Emmerich Volker/Sonnenschein Jürgen*, Konzernrecht, 2. Auflage, München 1977.
- Entwurf* des Bundesrates zu einem Bundesgesetz betreffend die Revision des 26. Titels des Obligationenrechts, in: Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, Sonderabdruck, 206 ff.
- Fehr Konrad*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane im Schweizerischen Aktienrecht, in: Schweizer Beiträge zum vierten internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Genf 1954, 147 ff.
- Forstmoser Peter*, Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte, in: Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 29, Zürich 1978, 27 ff. (Forstmoser, Verwaltungsräte)
- - Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Auflage, Zürich 1987. (Forstmoser, Verantwortlichkeit)
 - - Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I, Lfg. 1: Grundlagen, Gründung und Änderungen des Grundkapitals, Zürich 1981. (Forstmoser, Aktienrecht)
 - - Solidarität, Kausalzusammenhang und Verschulden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, SJZ 78 (1982) 369 ff. (Forstmoser, Solidarität)

- Forstmoser Peter*, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Freiheit und Verantwortung, Festschrift Meier-Hayoz, Zürich 1982, 125 ff. (Forstmoser, Organ)
- - Beschränkung des Risikos als Verwaltungsrat – aber wie? in: Die Haftung des Verwaltungsrates, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 87, Zürich 1986, 27 ff. (Forstmoser, Beschränkung)
 - - Der mittelbare Schaden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht und seine Geltendmachung im Konkurs, SAG 58 (1986) 69 ff. (Forstmoser, Schaden)
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur*, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 3. Auflage, Bern 1983. (Forstmoser/Meier-Hayoz, AG)
- Frankenberg Philipp*, Die konzernmässige Abhängigkeit, Diss. Zürich 1937.
- Frey Martin*, Statutarische Drittrechte im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Bern 1979.
- Frick Emil*, Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1953.
- Funk Fritz*, Kommentar des Obligationenrechtes, 2. Bd.: Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951.
- Gautschi Georg*, Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, SJZ 45 (1949) 301 ff. (Gautschi, Rechtsverhältnisse)
- - Der einfache Auftrag, Berner Kommentar, Bd. VI, 2. Abt., 4. Teilbd.: Art. 394–406 OR, 3. Auflage, Bern 1971. (Gautschi, Kommentar)
- Gehriger Pierre-Olivier*, Faktische Organe im Gesellschaftsrecht, Diss. St. Gallen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 34, Zürich 1979.
- von Graffenried André*, Über die Notwendigkeit einer Konzerngesetzgebung, Diss. Bern 1976.
- von Greyerz Christoph*, Die Verwaltung in der privaten Aktiengesellschaft, in: Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 29, Zürich 1978, 57 ff. (von Greyerz, Verwaltung)
- - Die Aktiengesellschaft, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Basel/Frankfurt 1982, 1 ff. (von Greyerz, AG)
- Goldschmidt Robert*, Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts, Veröffentlichungen der Handelshochschule St. Gallen, Reihe A, Heft 12, St. Gallen 1937.
- Guhl Theo/Merz Hans/Kummer Max*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Auflage, Zürich 1980.

- Häberli Adrian*, Gewinnverlagerungen zwischen verbundenen Unternehmen im internationalen Verhältnis, ASA 41 (1972) 209 ff.
- Haunreiter Leo*, Die Beteiligung an Aktiengesellschaften: Begriff, Funktion und Bewertung, Diss. Bern 1981.
- Hausmann Fritz*, Konzerne und Kartelle im Zeichen der «Wirtschaftslenkung», Zürich/Leipzig 1938.
- Hirsch Alain*, La responsabilité des administrateurs dans la société anonyme, Sem. jud. 89 (1967) 249 ff. (Hirsch, responsabilité)
- Höhn Ernst*, Steuerrecht, 5. Auflage, Bern/Stuttgart 1986.
- Hofmann Ernst Martin*, Wandlungen und Tendenzen in der Machtstellung und Zusammensetzung der Verwaltung privater Aktiengesellschaften, Diss. St. Gallen 1954.
- Horber Fritz*, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Diss. Zürich, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 84, Zürich 1986.
- Hütte Klaus*, Gründerhaftung und die Bedeutung der Einwilligung für den Gesellschafts-/Gläubiger-/Aktionärsschaden, in: Der Schweizer Treuhänder 59 (1985) 222 ff. (Hütte, Gründerhaftung)
- – Die Sorgfaltspflichten der Verwaltung und Geschäftsleitung im Lichte der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, ZGR 15 (1986) 1 ff. (Hütte, Sorgfaltspflichten)
- Immenga Ulrich*, Die rechtliche Erfassung unternehmerischer Leitungseinheit: Konzernrecht, Wirtschaft und Recht 32 (1980) 73 ff.
- Isay Rudolf*, Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910.
- Jäggi Peter*, Ein Gerichtsurteil über den «abhängigen» (fiduziarischen) Verwaltungsrat, SJZ 56 (1960) 1 ff.
- Jolidon Pierre*, Action en annulation des décisions de l'assemblée générale, ou action en responsabilité contre les administrateurs? in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe Bürgi, Zürich 1971, 213 ff.
- Joss Robert Willy*, Konzernrechtsfragen im deutschen und schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1936.
- Kayser-Eichberg Marei*, Die wechselseitige Beteiligung nach deutschem Aktienrecht als Leitlinie einer europäischen Harmonisierung, Diss. Köln 1969.
- Kohler François*, Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1950.
- Koller Arnold*, Motion Konzernrecht, StenBull NR 1974, 889 f.
- Kronstein Heinrich*, Die abhängige juristische Person, München/Berlin/Leipzig 1931.

- Kummer Max*, Der Begriff des Kartells, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 372, Bern 1966.
- Kupper Werner*, Stille Reserven und Aktionärsinteressen, Diss. Zürich, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 378, Bern 1967.
- Langenegger Ernst*, Konzernunternehmungspolitik, Schriftenreihe «Prüfen und Entscheiden» des Betriebswirtschaftlichen Instituts der Universität Bern, Bd. 4, Bern 1967.
- Lutter Marcus*, Das Konzernrecht in der Bundesrepublik Deutschland: Ziel, Wirklichkeit und Bewährung, SAG 48 (1976) 152 ff.
- Maurer Hans*, Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person beim Konzern und Kartell, Diss. Zürich 1953.
- Meier-Hayoz Arthur*, Das Sachenrecht, Berner Kommentar, Bd. IV, 1. Abt., 1. Teilbd.: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 5. Auflage, Bern 1981. (Meier-Hayoz, Kommentar)
- Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter*, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 4. Auflage, Bern 1981. (Meier-Hayoz/Forstmoser, GesR)
- Meier-Wehrli Jörg*, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG, Diss. Zürich 1968.
- Merz Hans*, Das schweizerische Kartellgesetz, Grundlagen und Hauptprobleme, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 376, Bern 1967.
- Müllhaupt Walter*, Der rechtsgeschäftliche Minderheitenschutz, SJZ 80 (1984) 69 ff.
- Münch Dieter*, Das Recht einer Aktionärsminderheit auf Vertretung im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, de lege lata und de lege ferenda, Diss. Zürich 1976.
- Naegeli Eduard*, Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderen Unternehmenszusammenschlüssen nach deutschem und schweizerischem Recht, Bd. I: Rechtssoziologischer Teil, Zürich 1936.
- Nenninger John*, Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 105, Basel und Stuttgart 1974.
- Oesch Franz Peter*, Der Minderheitenschutz im Konzern nach schweizerischem und amerikanischem Recht, Diss. Bern 1971. (F.P. Oesch)
- Oesch Richard*, Die Holdingbesteuerung in der Schweiz, Diss. Zürich, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 11, Zürich 1976. (R. Oesch)

- Oftinger Karl*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Bd.: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Zürich 1975.
- Pausenberger Ehrenfried*, Der Konzernaufbau, Diss. München 1957.
- Picenoni Reno*, Der Entlastungsbeschluss (Décharge) im Rechte der Handelsgesellschaften und der Korporationen auf Grund des deutschen, französischen, italienischen und besonders des schweizerischen Rechtes, Diss. Zürich 1945. (R. Picenoni)
- Picenoni Vito*, Rechtsformen konzernmässiger Abhängigkeit, SJZ 51 (1955) 321 ff. (V. Picenoni)
- Plangg Urs*, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft durch die Verwaltung, Diss. Zürich 1960.
- von Planta Andreas*, Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A, Bd. 3, Basel/Frankfurt 1981.
- Plüss Martin*, Der Schutz der freien Aktionäre im Konzern, Diss. St. Gallen 1977.
- Portmann Peter*, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 335, Bern 1958.
- Probst Dieter C.*, Die verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht, Diss. Bern 1981
- Radbruch Gustav*, Rechtsphilosophie, 4. Auflage, Stuttgart 1950.
- Reichwein Heinz*, Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung, SJZ 64 (1968) 129 ff. (Reichwein, Solidarhaftung)
- - Das Verhältnis des adaequaten Kausalzusammenhanges zur Solidarhaftung bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SJZ 81 (1985) 349 ff. (Reichwein, Kausalzusammenhang)
- Reymond Jacques-André*, Délégation et responsabilité en matière de gestion - Le règlement d'organisation du projet de revision, SAG 56 (1984) 112 ff.
- Ruedin Roland*, Vers un droit des groupes de sociétés? ZSR 99 (1980) II 151 ff. (Ruedin, ZSR)
- - Propositions pour un droit suisse des groupes de sociétés, SAG 54 (1982) 99 ff. (Ruedin, SAG)
- Schäfer Richard*, Konzernrechnungslegung, Schriftenreihe der schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, Bd. 52, Zürich 1982.
- Schett Alfred*, Stellung und Aufgaben der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bei der Durchführung der ordentlichen Generalversammlung, Diss. Zürich 1977.
- Schiess Maya*, Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesell-

- schaftskonkurs, Diss. Zürich, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 31, Zürich 1978.
- Schlenk Franz*, Bilanzvorschriften im Konzern, Diss. Zürich 1962.
- Schluep Walter R.*, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955. (Schluep, wohlerworbene Rechte)
- - Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, ZSR 92 (1973) II 153 ff. (Schluep, ZSR)
- Schmid Niklaus*, Fragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Schwindel- und Strohmannengesellschaften, ZStR 87 (1971) 247 ff. (N. Schmid, ZStR)
- - Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsdelikte im Tätigkeitsbereich der Aktiengesellschaft, SAG 46 (1974) 100 ff. (N. Schmid, SAG)
- Schmid Wieland*, Die Verantwortlichkeit von Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle gegenüber Gesellschaftsgläubigern im Konkurs der Aktiengesellschaft nach geltendem und künftigem schweizerischem Recht, SJZ 81 (1985) 241 ff. (W. Schmid)
- Schmidlin Walter*, Typische Wirtschaftsdelikte auf dem Gebiet des Aktienrechts, ZStR 85 (1969) 370 ff.
- Schubert Werner/Küting Karlheinz*, Unternehmenszusammenschlüsse, München 1981.
- Schucany Emil*, Zur Frage der rechtlichen Stellung des «abhängigen» Verwaltungsrates, SAG 27 (1954/55) 109 ff. (E. Schucany, Verwaltungsrat)
- - Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1960. (E. Schucany, Kommentar)
- Schucany Giovanni*, Die Vertreter juristischer Personen im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1949. (G. Schucany)
- Schürmann Leo*, Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, Textausgabe und Erläuterungen, Zürich 1964.
- Schulthess Bernhard*, Funktionen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1967.
- Senn G.*, Die Verantwortlichkeit der Organe der Aktiengesellschaft und einer Kommanditaktiengesellschaft gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und Gläubigern, Diss. Basel 1947.
- Siegwart Alfred*, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Bd. V/5a: Allgemeine Bestimmungen (OR 620–659), Zürich 1945. (A. Siegwart, Kommentar)
- - Die Anfechtung von Beschlüssen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, SJZ 39 (1943) 421 ff. (A. Siegwart, Anfechtung)

- Sieewart Hans*, Zwang und Problematik der Konzentration in der Industrie, in: Die Unternehmung 1969, 81 ff. (H. Sieewart)
- Slongo Bruno*, Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs, Diss. Zürich 1980.
- Stahl Karl Eberhard*, Das Verbot der Benachteiligung abhängiger Aktiengesellschaften, Diss. Freiburg i.Br. 1972.
- Stahelin Thomas*, Der Verwaltungsrat einer privaten Aktiengesellschaft, in: Die Haftung des Verwaltungsrates, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 87, Zürich 1986, 77 ff.
- von Stark Wulf*, Betriebswirtschaftliche und gesellschaftsrechtliche Probleme der einheitlichen Leitung im Konzern, Diss. München 1970.
- Statistisches Jahrbuch der Schweiz*, herausgegeben vom Bundesamt für Statistik, 90. Jahrgang, Basel 1982.
- Stauber Eric*, Das Recht des Aktionärs auf gesetz- und statutenmässige Verwaltung und seine Durchsetzung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 79, Zürich 1985.
- Stebler Otto*, Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg 1944.
- von Steiger Fritz*, Zur Frage der rechtlichen Stellung des «abhängigen» Verwaltungsrates, SAG 27 (1954/55) 33 ff./113 ff. (F. von Steiger, Verwaltungsrat)
- – Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Auflage, Zürich 1970. (F. von Steiger, AG)
- von Steiger Werner*, Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, ZSR 62 (1943) 195a ff. (W. von Steiger)
- Studer Niklaus C.*, Die Quasifusion, Diss. Bern, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 431, Bern 1974.
- Stratenwerth Günter*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 3. Auflage, Bern 1983.
- Tappolet Klaus*, Schranken konzernmässiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 414, Zürich 1973.
- Teitler-Feinberg Evelyn*, Die konsolidierte Konzernerfolgsrechnung, Diss. Zürich 1970.
- Thalmann Anton*, Die Treuepflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1975.
- von Tuhr Andreas/Peter Hans*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, 1. u. 2. Lfg., 3. Auflage, Zürich 1974/79. (von Tuhr/Peter I)

- von *Tuhr Andreas/Escher Arnold*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 2, 3. Auflage, Zürich 1974. (von Tuhr/Escher II)
- Tschäni Rudolf*, Funktionswandel des Gesellschaftsrechts. Die europäisch-gemeinschaftlichen Versuche einer strukturellen Unternehmenskontrolle – illustriert am Verhältnis von Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht, Diss. Zürich 1978.
- Ulrich Hans/Krieg Walter*, St. Galler Management Modell, 3. Auflage, Bern 1974.
- Uttendoppler Kurt*, Die Durchsetzung des Konzerninteresses im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Bern 1986.
- Vischer Frank*, Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeit bei der grossen AG, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, 345 ff. (Vischer, Delegation)
- – Zur Stellung und Verantwortung des Verwaltungsrates in der Grossaktiengesellschaft, in: Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 29, Zürich 1978, 71 ff. (Vischer, Verantwortung)
- Vischer Frank/Rapp Fritz*, Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968.
- Vollmar Jürg*, Grenzen der Übertragung von gesetzlichen Befugnissen des Verwaltungsrates an Ausschüsse, Delegierte und Direktoren, Diss. Bern 1986.
- Wälde Thomas*, Die Angemessenheit konzerninterner Transfergeschäfte bei multinationalen Unternehmen, in: Die Aktiengesellschaft 1974, 370 ff.
- Weiss Gottfried*, Zum schweizerischen Aktienrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 385, Bern 1968. (Neudruck der Einleitung zum Berner Kommentar über die Aktiengesellschaft, 1956)
- Wehrli Ulrich*, Der fehlerhafte Verwaltungsratsbeschluss einer Aktiengesellschaft, SJZ 40 (1944) 100 ff.
- Wenninger Renate M.*, Die aktienrechtliche Schweigepflicht, Diss. Zürich, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 70, Zürich 1983.
- Woernle Günter*, Die organähnliche Haftung des machtausübenden Hauptaktionärs gegenüber Gläubigern der abhängigen Aktiengesellschaft, Diss. Lausanne 1970.
- Wohlmann Herbert*, Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968.

- Zellweger Hans-Jakob*, Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG, Diss. Bern, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 413, Bern 1972.
- Zimmerli Erwin*, Wirtschaftskriminalität mit Kleinaktiengesellschaften, Diss. St. Gallen 1978.
- Zogg Hans*, Der Konzernabschluss in der Schweiz, Diss. St. Gallen 1978.
- Zweifel Martin*, Holdinggesellschaft und Konzern, Diss. Zürich, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 1, Zürich 1973. (Zweifel, Konzern)
- – Fragen des Minderheitenschutzes in einem schweizerischen Konzernrecht, SAG 50 (1978) 91 ff. (Zweifel, Minderheiten)
- Zwischenbericht* des Präsidenten und des Sekretärs der Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechtes zum Vorschlag für eine Teilrevision des Aktienrechtes, Bern 1972. (Zwischenbericht)

Einleitung

Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, vor nicht allzu langer Zeit von weiten Kreisen noch als «quantité négligeable» betrachtet, hat in den letzten Jahren eine erstaunliche Aufwertung in ihrem Beachtungsgrad erfahren. Als Folge einer strengeren Gerichtspraxis, selbstbewusster auftretender Aktionäre und Gläubiger sowie eines sich immer aggressiver gebärdenden Fiskus ist dieses Thema heute in aller Munde, ist Anlass zur Verfassung von Monographien, Abhaltung von Tagungen und Veranstaltung von Diskussionen. Nun stellen sich im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Haftung oder Verantwortlichkeit tatsächlich die verschiedensten Fragen in den unterschiedlichsten Bereichen, wobei die einzelnen Probleme um so grösser werden, je atypischer die zur Diskussion stehenden Gesellschaften ausgeprägt sind und je mehr die konkreten Verhältnisse entsprechend vom ursprünglichen Leitbild des Gesetzgebers abweichen. Geradezu als Musterbeispiel dafür kann die Lage des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft gelten, dessen effektive Situation sich so weit von den gesetzgeberischen Vorstellungen entfernt hat, dass er seine gesetzlichen Pflichten mit den in der Praxis an ihn gestellten Anforderungen in der Regel gar nicht mehr vereinbaren kann. Der daraus resultierende Interessenkonflikt ist Thema der vorliegenden Arbeit. Es soll in der Folge beschrieben werden, was seine Ursachen sind, in welchem Umfeld er sich entwickelt, bei welchen Anlässen die widerstreitenden Interessen zusammenprallen und schliesslich wie der Konflikt allenfalls überwunden werden kann. Ziel dieser Arbeit ist somit die umfassende Bestandesaufnahme über ein Problem, welches seit langem existiert, das aber zumindest von der Praxis erst heute langsam in seiner ganzen Tragweite erkannt wird.

I. Teil

Umfeld und Ursprung des Interessenkonfliktes

1. Kapitel:

Der Konzern und seine Problematik

§ 1 Der Konzern in der Theorie

1.1. Begriff

1.1.1. Allgemein

Der Ausdruck «Konzern» stammt ursprünglich aus dem Lateinischen¹. In den deutschen Sprachgebrauch gelangte das Wort über das englische Substantiv «concern»². Während jenes aber die Bedeutung von «Angelegenheit, Unternehmung» hat, versteht man im hiesigen Sprachgebrauch unter «Konzern» vorwiegend eine Verbindung von Unternehmungen. Eine eindeutige, unumstrittene Definition des Ausdruckes existiert allerdings bislang noch nicht.

1.1.2. Die wichtigsten Definitionen

Ganz allgemein ist festzustellen, dass der Begriff des Konzerns ein ausserrechtlicher ist³, dass der Konzern als solcher primär kein juristisches Gebilde, sondern eine wirtschaftliche Erscheinung darstellt, welche sich prae-ter legem entwickelt hat⁴. Entsprechend schwer fiel es den Rechtsgelehrten denn auch während langer Zeit, dieses Gebilde juristisch zu erfassen⁵. Eine Ausnahme bildet dabei Nägeli, der bereits 1936 den Konzern in bemerkenswert prägnanter Weise definiert hat als «eine Mehrheit von recht-

¹ Von concernere = vermischen, zusammenfügen.

² Vgl. Pausenberger 9.

³ Vgl. Druey, Konzern 281 mit weiteren Verweisen.

⁴ Vgl. Dreger 1.

⁵ Vgl. etwa Frankenberg 6 ff., der einen Überblick über die Vielzahl der Lehrmeinungen in den dreissiger Jahren gibt.

lich (formell) selbständigen Unternehmen, die auf der Grundlage einer einheitlichen Vermögenssphäre ihre gesamte wirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich nach einem einheitlichen Willen und einem einheitlichen wirtschaftlichen Plan zu führen haben und somit eine wirtschaftliche Einheit bilden»⁶. Diese Definition blieb während langer Zeit wegweisend und wird auch heute noch gelegentlich verwendet⁷.

Eine eigentliche Zäsur bei den Bemühungen um einen Konzernbegriff setzte dann allerdings die Einführung des deutschen Aktiengesetzes von 1965, das den Konzern in § 18 I wie folgt umschreibt:

«Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.»

Heute lehnt sich ein Grossteil der Literatur an diese Formulierung an, wenn im einzelnen auch noch Nuancierungen getroffen werden. Eine der gebräuchlichsten dieser Definitionen soll auch für diese Arbeit wegleitend sein. Sie lautet: Der Konzern ist die Zusammenfassung von zwei oder mehr rechtlich selbständigen Unternehmen unter einheitlicher Leitung^{8, 9}.

1.1.3. *Präzisierung und Einschränkung der Definition*

In obiger Definition ist die Rede von «rechtlich selbständigen Unternehmen». Diese Formulierung ist terminologisch ungenau¹⁰. Ein Unternehmen besteht nämlich aus «einer durch ein Rechtssubjekt zu einer organisatorischen Einheit verbundenen Vielheit von Sachen, Rechten und tatsächlichen Beziehungen (Chancen)»¹¹. Ein solches Gebilde kann aber

⁶ Nägeli 205.

⁷ So z.B. durch Albers 7; F.P. Oesch 129; R. Oesch 66.

⁸ So (wörtlich oder sinngemäss) z.B. Zweifel, Konzern 61; Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 44 N 28; von Planta 3; Zogg 20; Gehrig 55; Ruedin, ZSR 164 und SAG 105; Dennler 16; Bosman 23 f.

⁹ Vereinzelt wird obige Definition ergänzt durch den Zusatz . . . zu einer wirtschaftlichen Einheit. Die wirtschaftliche Einheit ist indessen trotz ihrer grossen praktischen Bedeutung kein eigenständiges Begriffsmerkmal des Konzernstatbestandes, sondern Folge der einheitlichen Leitung und deshalb begrifflich von dieser bereits umfasst; vgl. dazu auch Albers 8; Bosman 28.

¹⁰ Vgl. Tappolet 4; Gehrig 55 FN 20; R. Oesch 66; Bosman 24 FN 35.

¹¹ Meier-Hayoz, Kommentar, Systematischer Teil N 161 mit Verweis auf Enneccerus/Nipperdey § 133.

bloss Rechtsobjekt, nie hingegen selbst Rechtssubjekt und entsprechend auch nicht selbständig sein¹². Korrekterweise müsste deshalb nicht von rechtlich selbständigen Unternehmen, sondern von «Unternehmen einer rechtlich selbständigen juristischen Person» gesprochen werden¹³. Eine solche Formulierung befriedigt stilistisch allerdings wenig und ist auch nicht gebräuchlich. Die oberwähnte Konzerndefinition soll deshalb in der vorliegenden Arbeit einschränkend modifiziert und der Begriff des Unternehmens durch denjenigen der Aktiengesellschaft ersetzt werden. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich sowohl durch die rein aktienrechtliche Thematik der Arbeit als auch durch die überragende Bedeutung der AG als Konzernglied in der Praxis. Wenn im folgenden deshalb vom Konzern die Rede ist, so ist darunter stets eine Zusammenfassung von zwei oder mehr rechtlich selbständigen Aktiengesellschaften unter einheitlicher Leitung zu verstehen¹⁴.

1.1.4. Terminologie

Die Terminologie im Bereich des Konzernrechtes ist sehr uneinheitlich. Für die vorliegende Arbeit werden die einschlägigen Begriffe deshalb wie folgt festgelegt: Die herrschende Gesellschaft wird als «Obergesellschaft» oder «Konzernleitung», die untergeordnete AG als «abhängige Konzerngesellschaft» oder einfach als «Konzerngesellschaft» bezeichnet. Von «Konzerngliedern» ist die Rede, wenn die Einzelgesellschaften ohne Unterschied auf ihren Rang angesprochen werden. Die Gesamtheit aller Gesellschaften schliesslich bildet den «Konzern».

1.2. Begriffsmerkmale im einzelnen

1.2.1. Zusammenfassung von zwei oder mehr Gesellschaften

Erste Voraussetzung für das Bestehen eines Konzerns ist die Beteiligung einer Mehrheit von Gesellschaften. Jeder Konzern besitzt zumindest

¹² Vgl. Tappolet 4; Caflisch 53 f. FN 23.

¹³ Vgl. Caflisch 53 f. FN 23.

¹⁴ Gleiche Definition bei Plüss 6; Frey 110.

eine Ober- und eine Konzerngesellschaft. Eine einzelne AG allein kann demzufolge keinen Konzern bilden. Nach oben existiert hingegen keine Begrenzung.

1.2.2. Rechtliche Selbständigkeit

Ein weiteres Begriffsmerkmal des Konzerntatbestandes besteht in der rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Konzernglieder. Nur rechtlich selbständige Gesellschaften können einen Konzern bilden¹⁵. Jedes einzelne Glied muss somit seine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, eigene Beziehungen zu Gläubigern, Schuldern und Aktionären unterhalten. Gesellschaften mit rechtlich unselbständigen Zweigniederlassungen oder fusionierte Gesellschaften bilden deshalb keinen Konzern.

1.2.3. Einheitliche Leitung

Das Kriterium der einheitlichen Leitung ist das Kernstück des Konzernbegriffes. Ohne einheitliche Leitung kann das Ziel eines jeden Konzerns, die Verwirklichung einer wirtschaftlichen Einheit, keinesfalls erfüllt werden. Der Begriff selbst allerdings ist unscharf¹⁶. Der (deutsche) Gesetzgeber hat bewusst auf eine nähere Umschreibung verzichtet¹⁷, und die Lehre ist sich uneinig¹⁸.

Nach neueren Tendenzen in Deutschland ist der Begriff sehr weit auszulegen und eine einheitliche Leitung schon dann anzunehmen, wenn eine «lockere Koordinierung der zusammengefassten Gesellschaften in den wichtigsten Fragen der Unternehmungspolitik» erfolgt¹⁹. Dieser Entwicklung scheint sich auch die schweizerische Literatur anzuschliessen²⁰.

Nicht gelöst ist mit diesen eher theoretischen Feststellungen allerdings die Frage, wann und unter welchen konkreten Voraussetzungen eine einheitliche Leitung nun effektiv vorliegt. Versuche, den Begriff auch für die Praxis justiziabel zu machen, sind bis heute spärlich. Immerhin wurden im

¹⁵ Vgl. Biedenkopf/Koppensteiner § 18 N 2.

¹⁶ Bosman betrachtet ihn gar als für Definitionszwecke untauglich, was aber zu weit gehen dürfte; vgl. Bosman 34.

¹⁷ Vgl. von Starck 17; Emmerich/Sonnenschein 84.

¹⁸ Vgl. die Übersichten über die Lehrmeinungen bei Schubert/Kütting 83 und Bosman 30 ff.

¹⁹ Emmerich/Sonnenschein 63 mit weiteren Verweisen.

²⁰ Vgl. Druey, Konzern 338; Schäfer 2; von Graffenried 26.

Laufe der Zeit doch einige Grundsätze entwickelt, die sich wie folgt zusammenfassen lassen:

Das Vorliegen einer einheitlichen Leitung setzt voraus²¹:

- die Lenkung der zusammengefassten Gesellschaften nach einem einheitlichen Willen aufgrund einer gemeinsamen Planung;
- die Erfassung der einzelnen Gesellschaften als Ganzes und nicht nur in Teilbereichen;
- eine Einwirkung auf die Gesellschaften während einer bestimmten Dauer.

Eine noch weitergehende Konkretisierung des Begriffes der einheitlichen Leitung ist, wenn überhaupt, nur unter Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Lehren möglich. In diesem Zusammenhang sei auf die originelle Dissertation Slongos²² verwiesen, der den Versuch wagt, die Merkmale der einheitlichen Leitung von der betriebswirtschaftlichen Seite her aufzubauen. Gemäss seinen Schlussfolgerungen hängt die Annahme einer einheitlichen Leitung von zwei Voraussetzungen ab: Zum einen muss die Konzerngesellschaft generell in die übergeordnete Konzernplanung miteinbezogen werden, zum anderen muss die Obergesellschaft zusätzlich entweder den Finanzbereich der Konzerngesellschaft beeinflussen oder in einem anderen Entscheidungsbereich in umfassender Weise Leitungsaufgaben wahrnehmen²³. Wie weit dieser sehr differenzierte Vorschlag zu einer Lösung des Streites um die einheitliche Leitung beitragen kann, wird sich allerdings erst noch zeigen müssen.

1.3. Die Einheitstheorie

Die konzernrechtliche Einheitstheorie wurde zu Beginn des 20. Jahrhunderts durch Isay²⁴ entwickelt. Nach dieser Theorie soll der Konzern nicht

²¹ Zu den einzelnen Voraussetzungen vgl. Caflisch 55, 63; Zweifel, Konzern 64; Tappolet 5.

²² Bruno Slongo, Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffes, Diss. Zürich 1980.

²³ Zudem wird bei gewissen personellen Konstellationen eine einheitliche Leitung vermutet. Näheres zum Ganzen bei Slongo 188 ff.

²⁴ Vgl. Isay 87 ff.

nur wirtschaftlich eine Einheit darstellen, sondern auch rechtlich als solche behandelt werden. Diese drastische Forderung würde unabsehbare Konsequenzen zeitigen²⁵ und wurde deshalb schon bald fast einhellig abgelehnt²⁶. An ihre Stelle trat die auch heute noch anerkannte modifizierte Einheits-theorie. Nach dieser Ansicht wird die rechtliche Selbständigkeit der Konzerngesellschaften trotz wirtschaftlicher Einheit grundsätzlich anerkannt und weicht nur in Ausnahmefällen einer Einheitsbehandlung²⁷. Eine solche kommt nur in Frage, wenn das Beharren auf rechtlicher Selbständigkeit einen Rechtsmissbrauch im Sinne von ZGB 2 II darstellen würde²⁸. Nur in diesem, stets aufgrund der konkreten Umstände²⁹ zu prüfenden Falle wird die rechtliche Trennung der einzelnen Gesellschaften missachtet und durch eine Einheitsbehandlung ersetzt. In einem solchen, vorwiegend im Bereich der Einmanngesellschaft vorkommenden Fall spricht man vom «Durchgriff» durch die Rechtspersönlichkeit der AG.

1.4. Arten des Konzerns

1.4.1. Unterscheidungskriterien

Dem Versuch, die Konzerne nach ihrer Art und Ausprägung zu unterscheiden, bieten sich drei verschiedene Ansatzpunkte mit jeweils spezifischen Unterscheidungskriterien³⁰. So kann man die Konzerne einteilen:

- nach dem Verhältnis zwischen den einzelnen Gesellschaften in Gleichordnungs- und Unterordnungskonzernen;
- nach der rechtlichen Grundlage der Zusammenfassung der einzelnen Gesellschaften in Vertragskonzerne und faktische Konzerne;

²⁵ So z.B. die Unmöglichkeit von juristisch wirksamen Rechtsgeschäften zwischen den Konzerngesellschaften; vgl. Schlenk 26 f.; F.P. Oesch 139.

²⁶ So etwa durch Haussmann 28 ff.; W. von Steiger 272aff.; Frankenberg 137 ff.; Caflisch 206 ff.

²⁷ Vgl. W. von Steiger 273aff.; Caflisch 210; Albers 12; Ebenroth 126.

²⁸ Vgl. dazu BGE 102 III 169 f.; 92 II 166; 85 II 115 f.; 81 II 459; 72 II 76; 71 II 274 f.

²⁹ Vgl. W. von Steiger 277a; A. Siegwart, Kommentar, Einleitung N 178; Zweifel, Konzern 111; F.P. Oesch 139.

³⁰ Vgl. Zweifel, Konzern 72.

- nach den durch die einzelnen Gesellschaften bearbeiteten Produktions- oder Handelsstufen in horizontale, vertikale und diagonale Konzerne.

Wesentlich bei diesen Unterscheidungsvarianten ist die Feststellung, dass es sich hierbei nicht um alternative, sondern um sich ergänzende, jeweils einen speziellen Gesichtspunkt beleuchtende Begriffspaare handelt. Jeder Konzern gehört somit gleichzeitig je einer Ausprägung der drei verschiedenen Unterscheidungskriterien an, wobei theoretisch sämtliche Kombinationen denkbar sind. In der Praxis allerdings schränken sich die Kombinationsmöglichkeiten stark ein. Zudem ist eine klare Unterscheidung zwischen den einzelnen Formen in praxi aufgrund der restriktiven Informationspolitik vieler Konzerne oft nicht möglich. Trotzdem ist eine solche Differenzierung in der Theorie sinnvoll, da sie wesentlich zum Verständnis der Mechanismen im Konzern beiträgt.

1.4.2. Gleichordnungs- und Unterordnungskonzern³¹

In einem Konzern können die einzelnen Konzernglieder zueinander in einem Verhältnis der Gleich- oder der Unterordnung stehen. Je nachdem sprechen wir von einem Gleich- oder von einem Unterordnungskonzern.

Der Gleichordnungskonzern besteht aus mehreren auf der gleichen Stufe stehenden Konzerngliedern. Ihr Verhältnis zeichnet sich durch Kooperation aus, gegenseitige Abhängigkeiten bestehen keine. Die einheitliche Leitung des Gleichordnungskonzerns wird idR durch ein vertraglich geschaffenes Gemeinschaftsorgan sichergestellt oder basiert auf personeller Verflechtung, wobei alle Konzernmitglieder an der Führung beteiligt sind.

Beim in der Praxis überwiegenden Unterordnungskonzern steht die Führungskompetenz nur einem der beteiligten Glieder, der Obergesellschaft zu. Dies setzt ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihr und den Konzerngesellschaften voraus, welches zumeist auf faktischen Gegebenheiten beruht. An der Spitze eines solchen Konzerns steht als Träger der einheitlichen Leitung idR eine Holding³². Die meisten schweizerischen Konzerne sind Unterordnungskonzerne.

³¹ Zur Unterscheidung Gleichordnungs- und Unterordnungskonzern sowie Vertrags- und faktischer Konzern im einzelnen vgl. Albers 9; Emmerich/Sonnenschein 64 ff.; Zweifel 72 f.; Schäfer 4 ff.; Bosman 21.

³² Näheres zur Holding hinten unter Abschn. 1.6.

1.4.3. *Vertragskonzern und faktischer Konzern*

Konzerne können aufgrund vertraglicher Vereinbarung oder auf rein faktischer Grundlage entstehen. Entsprechend spricht man von Vertrags- oder faktischen Konzernen.

Der Vertragskonzern kommt in der Schweiz nur ausnahmsweise vor. Verbreiteter hingegen ist er in Deutschland, wo er einer gesetzlichen Bevorzugung unterliegt³³. Kern des Vertragskonzerns ist der sog. Unternehmensvertrag, der das Verhältnis der beteiligten Gesellschaften zueinander regelt. Entsprechend seiner Ausgestaltung wird der Vertragskonzern zum Gleich- oder zum Unterordnungskonzern.

Beim faktischen Konzern beruht die Zusammenfassung der Glieder auf tatsächlicher Grundlage, nämlich auf der effektiven Abhängigkeit einer oder mehrerer Gesellschaften von einer andern. Meist wird diese durch Beteiligung am Grundkapital erzielt, möglich ist aber auch eine statutarische Begründung der Abhängigkeit³⁴. Faktische Konzerne sind zumeist Unterordnungskonzerne, die von einer Holding geleitet werden.

1.4.4. *Horizontal-, Vertikal- und Diagonalkonzern*

Diese Unterscheidung entstammt ursprünglich der Betriebswirtschaftslehre. Je nachdem, ob seine Gesellschaften der gleichen oder verschiedenen nachgeordneten Handels- oder Produktionsstufen angehören, wird ein Konzern als vertikal, horizontal oder diagonal bezeichnet.

Ein horizontaler Konzern liegt vor, wenn die einzelnen Gesellschaften dem gleichen Wirtschaftszweig angehören und ihre Produkte auf dem gleichen Markt absetzen.

Ein vertikaler Konzern liegt vor, wenn die einzelnen Gesellschaften zwar verschiedenen, aber einander nachgeordneten Wirtschaftsstufen angehören, wenn also das Endprodukt der einen zugleich den Rohstoff der nachfolgenden Gesellschaft bildet.

Ein diagonaler oder gemischt gegliederter Konzern liegt schliesslich vor, wenn die einzelnen Konzerngesellschaften verschiedenen Wirtschaftszweigen angehören, also absatzmässig keinen Zusammenhang aufweisen³⁵.

³³ Vgl. dazu Lutter 153 f.

³⁴ Zur Abhängigkeit und ihren Problemen vgl. hinten § 10.

³⁵ Näheres zu Horizontal-, Vertikal- und Diagonalkonzernen bei Langenegger 14 ff.

1.4.5. Weitere Unterscheidungsmöglichkeiten

Neben den soeben erwähnten Unterscheidungen können natürlich noch weitere Differenzierungen zur Einteilung der Konzerne getroffen werden. So kennt die Betriebswirtschaftslehre verschiedene weitere Konzernarten wie z.B. Personal- und Realkonzerne, organische und anorganische Konzerne usw.³⁶. Auf derartige zusätzliche Unterscheidungen soll aber mangels Bezug zur Thematik der vorliegenden Arbeit verzichtet werden.

1.5. Abgrenzungen

1.5.1. Konzern-fusionierte Gesellschaften

Die Fusion ist die «rechtliche Vereinigung von mindestens zwei Gesellschaften zu einer einheitlichen»³⁷. Sie führt zu einer wirtschaftlichen und rechtlichen Einheit. Dadurch unterscheidet sie sich vom Konzern, der ja eine wirtschaftliche Einheit bei rechtlicher Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften darstellt. Abgrenzungskriterium ist somit die rechtliche Selbständigkeit. Irreführend ist deshalb der Begriff der «Quasifusion», der die bloße Übernahme sämtlicher Aktien einer Gesellschaft beinhaltet und somit zu einem Konzern führt³⁸.

1.5.2. Konzern-Kartell

Hier bildet die wirtschaftliche Abhängigkeit das Abgrenzungskriterium. Als Kartelle bezeichnet man Vereinbarungen zwischen rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Unternehmen zwecks Marktbeeinflussung mittels gemeinsamer Wettbewerbsbeschränkung³⁹.

Die wirtschaftliche Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften wird dadurch nicht berührt, eine einheitliche Leitung findet nicht statt. Das Kartell zielt lediglich auf Aussenwirkung ab, ohne die internen Verhältnisse

³⁶ Näheres dazu bei von Starck 11 ff.; Baum 24 ff.

³⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 43 N 3.

³⁸ Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 43 N 34; Näheres bei Studer 23 ff.

³⁹ Zum Begriff des Kartells vgl. Kummer 2 ff.; Merz 24 ff.; Schürmann 34 ff.; R. Oesch 70 ff. sowie die Legaldefinition in KG 2 I.

der beteiligten Gesellschaften zu beeinflussen⁴⁰. Allenfalls kann ein Konzern den Tatbestand der kartellähnlichen Organisation nach Art. 3 lit. c des Kartellgesetzes erfüllen, vorausgesetzt er erzielt zumindest eine massgebliche Marktbeeinflussung⁴¹.

1.5.3. Konzern-Trust

Der Begriff des Trust stammt aus dem angelsächsischen Rechtsbereich. Seine Definition ist in der Literatur umstritten. Nach verbreiteter Meinung entsteht ein Trust durch den Zusammenschluss mehrerer Gesellschaften durch Fusion oder Begründung einer Holdinggesellschaft⁴². Nach einer anderen Ansicht beschränkt sich der Trustbegriff ausschliesslich auf konzernmässige Zusammenfassungen⁴³. Stets bezweckt er aber eine monopolistische Beherrschung des Marktes⁴⁴. Ein Trust ist somit ein Konzern oder ev. eine Einzelgesellschaft mit Marktbeherrschungsabsicht.

1.6. Konzern und Holdinggesellschaft

1.6.1. Begriff

Die Holdinggesellschaft kann definiert werden als Gesellschaft, deren Hauptzweck es ist, andere, rechtlich selbständige Gesellschaften durch Beteiligungen, insbesondere Mehrheits- oder hundertprozentige Beteiligungen, zu kontrollieren und zu leiten⁴⁵.

Man unterscheidet gemeinhin zwischen der reinen und der gemischten Holding. Bei der ersteren erschöpft sich der Gesellschaftszweck im Beteiligungsbereich und der Kontrolle der Untergesellschaften, während die letztere neben der Kontrolltätigkeit noch einen eigenen Betrieb führt⁴⁶.

⁴⁰ Vgl. F.P. Oesch 130.

⁴¹ Vgl. Zweifel, Konzern 66 und KG 3 lit. c.

⁴² Vgl. W. von Steiger 238a; Bürgi, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 748–750 N 7; Bot-schaft KG 574.

⁴³ Vgl. Albers 10; R. Oesch 69 f.; F.P. Oesch 131 mit weiteren Verweisen.

⁴⁴ Vgl. Weiss N 320 mit weiteren Verweisen.

⁴⁵ Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 44 N 31.

⁴⁶ Vgl. Zweifel, Konzern 51; Schlenk 6 mit weiteren Verweisen.

1.6.2. *Bedeutung der Holding für den Konzern*

Schon die Definition der Holding weist darauf hin, dass die Verbindung zwischen ihr und dem Konzern sehr eng sein muss. Tatsächlich steht heute einem Grossteil der schweizerischen Konzerne, begünstigt durch die steuerliche Behandlung⁴⁷, eine Holding als Obergesellschaft vor⁴⁸. Diese wird dadurch zur eigentlichen «Strukturträgerin des Konzerns»⁴⁹. Grund für die grosse Verbreitung dürften neben der oberwähnten steuerlichen Bevorzugung in erster Linie praktische Erwägungen sein, stellt doch v.a. die reine Holdinggesellschaft die wohl ideale Lösung zur Führung eines Konzerns dar.

⁴⁷ Vgl. dazu R. Oesch 237 ff.

⁴⁸ Genaue Zahlen sind hier nicht bekannt, doch lässt die Tatsache, dass 1981 auf 113 000 Aktiengesellschaften 12 400 Holdings kamen, deutliche Schlüsse zu; vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1982 385, 393.

⁴⁹ Da eine Holdinggesellschaft zwingend auch Haupt eines faktischen Unterordnungskonzerns ist, dem Konzern also eine bestimmte Struktur verleiht; vgl. Zweifel, Konzern 58.

§ 2 Der Konzern in der Praxis

2.1. Entwicklung und heutiger Stand der Konzentration

Der Konzern ist eine relativ junge Erscheinung. Die ältesten bekannten konzernähnlichen Gebilde datieren aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts¹. Waren diese noch seltene Einzelercheinungen, so erfreute sich der Konzern schon wenig später wachsender Beliebtheit. So brachten vor allem in Deutschland die letzten Jahrzehnte des vorigen Jahrhunderts nicht nur einen wirtschaftlichen Aufschwung, sondern auch eine eigentliche Konzentrationswelle mit sich², so dass Isay schon 1910 von einer «Zeit der Konzentration auf allen Wirtschaftsgebieten» sprach³.

Diese Entwicklung setzte sich auch in den folgenden Jahrzehnten beinahe ungebrochen fort. Weder die Weltkriege noch die Dekonzentrationsversuche der Siegermächte nach 1945 konnten den Trend aufhalten. Auch die Einführung eines Konzernrechtes 1965 vermochte, entgegen der Absicht seiner Schöpfer, den Lauf der Dinge weder zu bremsen noch wesentlich zu beeinflussen⁴. Heute schätzt man, dass über 70% der deutschen Aktiengesellschaften irgendwie konzernverbunden sind⁵.

Ähnlich verlief die Entwicklung in der Schweiz⁶. Hier wurden die ersten modernen Konzerne durch Gründung von ausländischen Tochtergesellschaften durch Schweizer Unternehmen zu Beginn des Jahrhunderts geschaffen. Daneben begannen sich, gefördert durch das Steuerrecht, auch rein inländische Konzerne mit Holdinggesellschaften an ihrer Spitze zu entwickeln. Auch hier wurde aus den zaghaften Versuchen schon bald ein

¹ Für Einzelheiten vgl. Druey, Konzern 284 f.

² Vgl. Emmerich/Sonnenschein 4 f.

³ Isay 97.

⁴ Vgl. Lutter 161.

⁵ Vgl. Stahl 1; Dreger 2; Kayser-Eichberg 2.

⁶ Vgl. dazu Druey, Konzern 285. Zur Geschichte der Holding vgl. Zweifel, Konzern 33 f.; R. Oesch 5 ff.

scheinbar unaufhaltsamer Trend zum Konzern. Neueste Zahlen schätzen den Konzernierungsgrad in der Schweiz auf über 70% der Aktiengesellschaften⁷.

2.2. Motive für die Konzentration

Verfolgt man die stürmische Entwicklung der Konzentrationsbewegung der letzten Jahrzehnte, so fragt man unwillkürlich nach den Ursachen dieses Phänomens. Nun lassen sich diese allerdings nicht so ohne weiteres feststellen. Konzerne sind eine Erscheinung des freien Wirtschaftslebens, die sich bilden, erweitern oder auflösen, ohne dass einheitliche Beweggründe festzustellen wären. Jeder Konzern hat seine individuelle und einmalige Vergangenheit, die sich aus unzähligen Einzelfaktoren zusammensetzt. Da zudem die Publizitätsfreudigkeit der schweizerischen Konzerne idR wenig ausgeprägt ist, lassen sich über die Motive einer Konzentration oft nur Mutmassungen anstellen. Immerhin ist es möglich, eine Reihe von «Standardmotivationen» zu entwickeln, die wohl die meisten Fälle abdecken dürften. Dabei muss man sich aber bewusst sein, dass eine solche Liste nicht abschliessend sein kann, sondern nur eine Zusammenstellung der wichtigsten heute bekannten Beweggründe zur Konzentration darstellt⁸.

2.2.1. Einzelwirtschaftliche Motive

Die wohl bekanntesten Konzentrationsmotive ergeben sich aus Wirtschaftlichkeitsüberlegungen in der Einzelgesellschaft. Sowohl das Streben nach Gewinnoptimierung als auch das zunehmend wichtiger werdende Ziel der Unternehmenserhaltung legen in vielen Fällen zumindest vordergründig ein Grössenwachstum nahe. So erhofft man sich von einer Expansion z.B.:

- Verringerung der Kosten durch Massenproduktion, Rationalisierung, Senkung der Beschaffungs-, Absatz- und Finanzierungskosten;

⁷ Vgl. Druey, Company Groups 131.

⁸ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die einzelnen hier aufgezählten Motivationen in ihrem Effekt v.a. im betriebswirtschaftlichen Bereich z.T. umstritten sind.

⁹ Vgl. dazu im einzelnen Schluep, ZSR 191 ff.; Emmerich/Sonnenschein 6 ff.; H. Siegwart 83; Teitler-Feinberg 31 ff.; Ruedin, ZSR 161 ff.; Baum 29 f.; Frankenberg 13.

- Erhöhung des Ertrages durch steigende Marktmacht, bessere Ausnutzung von Vertriebsnetzen, Ausschaltung von Konkurrenten;
- Verminderung des Risikos durch Diversifizierung, Sicherung der Rohstoffbeschaffung, Vermeidung von Ueberkapazitäten durch internen Ausgleich, grössere Reserven;
- Erhöhung der allgemeinen Leistungsfähigkeit durch vergrösserten Entwicklungsspielraum, gesteigertes Know-how, Vervollständigung des Sortiments.

2.2.2. *Gesamtwirtschaftliche Motive*

Nicht nur das Unternehmen selbst, sondern auch seine Umwelt bietet Anreize zur Expansion¹⁰. So führen die ständig verbesserten Transportwege, der Zusammenschluss der Wirtschaftsräume und der Nachholbedarf vieler Entwicklungsländer zu einer beträchtlichen Vergrösserung der potentiellen Märkte, die wiederum nur von starken multinationalen Organisationen auch konsequent ausgenutzt werden kann. Auch die fortschreitende technische Entwicklung wirkt in die gleiche Richtung: Die Komplexität der Produkte und der Finanzbedarf für Neuentwicklungen sind z.T. heute so gross, dass kleine und mittlere Gesellschaften oft überfordert werden. Schliesslich üben auch noch die wechselnden Konjunkturlagen ihren Einfluss aus: Sowohl Hochkonjunktur als auch Zeiten des Niedergangs können unter Umständen zum Schulterschluss von einzelnen Unternehmen führen.

2.2.3. *Rechtliche Motive*

Das heutige nationale und internationale Recht übt zwar nur einen indirekten, aber trotzdem sehr bedeutenden Einfluss auf die Konzentrations-tendenz aus. Die oben erwähnten Argumente legen der einzelnen Gesellschaft nämlich zumeist lediglich ein Wachstum nahe. Ein solches kann aber auf verschiedene Weise erreicht werden, z.B. durch Kapitalerhöhung, Gründung von Filialen, Fusionierung oder eben Konzernierung. Dass nun aber gerade letztere in der Praxis eine so wichtige Rolle spielt, liegt u.a.¹¹

¹⁰ Vgl. dazu auch Schluep, ZSR 208 ff.; H. Siegwart 82 f.

vor allem auch an den rechtlichen Vorteilen, die der Konzern bietet. Zu nennen sind dabei in erster Linie:^{12, 13}

- die steuerrechtliche Bevorzugung durch das Holdingprivileg;
- die geringe Effizienz des Kartellrechtes;
- die konzernrechtlichen Lücken des Gesellschaftsrechtes, v.a. im Publizitäts- und Verantwortlichkeitsbereich;
- die konzernfreundliche Ausgestaltung des Patentrechtes;
- das Niederlassungsverbot vieler Staaten für ausländische Gesellschaften, was zur zwangsweisen Gründung von nationalen Tochtergesellschaften führt.

2.2.4. *Persönliche Motive*

Neben der wirtschaftlich und rechtlich begründeten Motivation zur Konzernbildung ist noch ein weiterer, nicht minder bedeutender Aspekt zu berücksichtigen. Gemeint ist die persönliche Motivation, die hinter jeder menschlichen Entscheidung steckt. Machtstreben, Ehrgeiz und Prestigebedürfnis können ebenso konzernierungsfördernd wirken wie Verantwortungsbewusstsein oder unternehmerisches Denken. Auch eine angegriffene Gesundheit des Verantwortlichen oder schlicht das Fehlen eines geeigneten Nachfolgers hat schon manche selbständige Gesellschaft in die Arme eines Konzerns getrieben¹⁴. Die Liste möglicher Motivationen liesse sich noch beliebig fortsetzen, was aber nicht Sinn dieser Arbeit sein kann. Festzuhalten bleibt lediglich, dass die Bedeutung der persönlichen Motivation für das Aufkommen der Konzerne keinesfalls unterschätzt werden darf, da jeder Konzern letztendlich das Produkt menschlicher und damit persönlich gefärbter Überlegung ist.

¹¹ Als betriebswirtschaftliche Argumente für eine Bevorzugung des Konzerns gegenüber der ungliederten Gross-AG sind v.a. das eingeschränkte Eigenkapitalrisiko und die Möglichkeit der Verwertung des Goodwills übernommener Gesellschaften zu nennen; vgl. Teitler-Feinberg 44 ff.; vielfach ist es für eine expandierende Gesellschaft zudem auch einfach «billiger», eine bestehende Organisation zu übernehmen als selbst eine solche aufzubauen.

¹² Die nachfolgende Aufzählung bezieht sich einzig auf Schweizer Verhältnisse; im Ausland herrschen z.T. andere Voraussetzungen.

¹³ Vgl. Schluep, ZSR 212 f.

¹⁴ Zu den genannten Motiven im einzelnen vgl. H. Siegwart 83; Schluep, ZSR 206 f.; Baum 29.

2.3. Wirkungen der Konzentration¹⁵

2.3.1. Für die Obergesellschaft

Für die Obergesellschaft zeitigt ein Konzentrationsvorgang meist keine allzu grossen Wirkungen. Die Machtübernahme über eine andere Gesellschaft ändert idR weder die Strukturen noch das Verhältnis zwischen den verschiedenen Interessengruppen in der Konzernleitung¹⁶. Trotzdem bringt ein solcher Vorgang auch neue Anforderungen und gewisse Gefahren mit sich. Diese liegen v.a. im wirtschaftlichen und organisatorischen Bereich. So muss eine einheitliche Leitung im Konzern sichergestellt werden. Daneben stellen sich neuartige Haftungsprobleme¹⁷. Schliesslich schlägt vielfach die wirtschaftliche Lage der übernommenen Gesellschaft auch auf die Konzernleitung durch: Ein prosperierendes Unternehmen wird sie stärken, eine finanziell angeschlagene Gesellschaft kann sie an den Rand des Abgrundes bringen.

Derart gravierende Folgen stellen aber die Ausnahme dar. Demgegenüber sorgt im Normalfall schon der Grössenunterschied zwischen übernehmender und übernommener Gesellschaft dafür, dass schwerwiegende Folgen für erstere ausbleiben. Trotzdem empfiehlt es sich für eine Konzernleitung, die Folgen einer Übernahme gut durchzudenken, um vor unliebsamen Überraschungen geschützt zu sein.

2.3.2. Für die Konzerngesellschaft

Die Unterstellung einer «freien» AG unter die Herrschaft einer anderen Gesellschaft stellt für erstere naturgemäss eine Handlung mit sehr weitreichenden Folgen dar. Diese äussern sich insbesondere im Bereich der Willensbildung, der wirtschaftlichen Zielsetzung und der Interessenstruktur der Konzerngesellschaft¹⁸.

Im Bereich der Willensbildung führt die Eingliederung in den Konzern dazu, dass die betroffene Gesellschaft gleichsam entmündigt wird. Sowohl

¹⁵ Diese Ausführungen beziehen sich ausschliesslich auf die in der Schweiz einzig relevanten Unterordnungskonzerne; für Gleichordnungskonzerne ergeben sich z.T. andere Folgen.

¹⁶ Dies gilt noch vermehrt für die Neugründung einer abhängigen Gesellschaft.

¹⁷ Vgl. dazu ausführlich Albers 38 ff.

¹⁸ Zu den Auswirkungen einer Konzentration auf die Konzerngesellschaft im einzelnen vgl. auch von Graffenried 34 ff.; Brachvogel 9; Dreger 31 ff.

die Generalversammlung als auch der Verwaltungsrat und oft auch die Kontrollstelle der Konzerngesellschaft werden dem direkten oder indirekten Einfluss der Obergesellschaft unterworfen. Ihre Entscheidungen sind entsprechend nicht mehr autonom, und von einer selbständigen Willensbildung der Organe kann oftmals keine Rede mehr sein. Die eigenverantwortliche Beschlussfassung reduziert sich im Konzern auf die Pflicht zur formellen Ratifizierung und Durchsetzung von in der Obergesellschaft getroffenen Entscheidungen.

Auch im Hinblick auf die wirtschaftliche Zielsetzung verändert eine Unterwerfung die Lage der Konzerngesellschaft. Hauptziel ist nicht mehr die Gewinnmaximierung der Einzelgesellschaft, sondern eine möglichst nützliche Einordnung derselben in die Konzernstruktur. Eine entsprechende Verringerung des Ertrags der abhängigen AG wird dabei von den führenden Stellen in Kauf genommen. Häufig wird ein niedriger Profit gar bewusst angestrebt, z.B. wenn steuerliche Umstände dies als nützlich erscheinen lassen¹⁹. Anstelle der wirtschaftlichen Freiheit tritt somit eine Nutzung der Gesellschaft nach fremden Vorgaben und in fremdem Interesse.

Schliesslich bewirkt eine Konzernierung auch eine Veränderung der Interessenstruktur in der Konzerngesellschaft. Sind in einer «freien» AG die Interessen der Aktionäre zumindest in den Grundzügen gleichgerichtet, so wird dieser Konsens im Konzern durch einen scharfen Gegensatz zwischen Haupt- und Minderheitsaktionär ersetzt. Während der erste die Konzerninteressen in den Vordergrund stellt, ist letzterer oft ausschliesslich am Schicksal der Einzelgesellschaft interessiert, da ihm die Prosperität des Konzerns nicht nur wenig nützt, sondern, wenn sie auf Kosten «seiner» Gesellschaft erzielt wurde, sogar schadet.

Gesamthaft gesehen sieht sich die Konzerngesellschaft im Verhältnis zur «freien» AG somit einer völlig veränderten Lage gegenüber. Sie ist durch die Eingliederung in den Konzern von einer mehr oder weniger typischen zu einer ausgesprochen atypischen Aktiengesellschaft geworden. Dies bringt beträchtliche Probleme in ihrer rechtlichen Behandlung mit sich. Die Erläuterung dieser Schwierigkeiten wird Thema des nächsten Paragraphen sein.

¹⁹ Vgl. dazu hinten Abschn. 5.1. ff.

§ 3 Der Konzern als Rechtsproblem

3.1. Die rechtliche Regelung des Konzerns in der Schweiz

3.1.1. Gesetzliche Grundlagen

Die Schweiz besitzt kein Konzernrecht. Zwar finden sich in verschiedenen Rechtsgebieten konzernbezogene Einzelnormen¹, doch fehlt ein in sich geschlossenes Normensystem zur Regelung der Konzernproblematik. Stattdessen hält das schweizerische Recht auch in Konzernverhältnissen an der Fiktion der rechtlich, wirtschaftlich und organisatorisch selbständigen Aktiengesellschaft fest². Damit wird der Konzernsachverhalt zwar nicht ausgeschlossen³, doch gilt bei der Behandlung desselben der «Grundsatz der ausschliesslichen Anwendung des allgemeinen Gesellschafts- bzw. Aktienrechts»⁴, d.h. sämtliche Konzernprobleme sind ungeachtet der wirtschaftlichen Interessenlage mit Hilfe der bestehenden, auf die selbständige AG zugeschnittenen Normen zu lösen⁵. Eine Sonderbehandlung des Konzerns mit Rücksicht auf seine wirtschaftlichen Eigenheiten findet somit in der Schweiz nicht statt. Dass dies verschiedene Probleme mit sich bringt, ist einsichtig und wird hinten noch im einzelnen zu erläutern sein.

¹ So OR 671 IV (Reservefonds bei Holdinggesellschaften), OR 711 II (Nationalität und Wohnsitz der Mitglieder der Verwaltung von Holdinggesellschaften), MSchG 6bis (Konzernmarke) sowie das Holdingprivileg im Steuerrecht; vgl. Druey, Konzern 290; Bosman 55.

² Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, GesR § 19 N 27; vgl. auch BGE 108 Ib 37, 108 Ib 448 sowie Pra. 73 (1984) Nr. 257 E. 3 bb.

³ Vgl. Schluemp, ZSR 212.

⁴ Zweifel, Konzern 78; vgl. auch Albers 11; Slongo 174.

⁵ Neben den primär anwendbaren Bestimmungen des Aktienrechts können ergänzend die allgemeinen Normen des OR sowie die Einleitungsartikel des ZGB beigezogen werden; vgl. Schlenk 14; F.P. Oesch 127.

3.1.2. *Stand der Diskussion*

Die Problematik des Konzerns und seiner rechtlichen Regelung besass in der Schweiz während langer Zeit einen eher geringen Stellenwert. So dachte während der Schaffung des heutigen Aktienrechts in den dreissiger Jahren offenbar noch kaum jemand an ein Konzernrecht⁶, und auch 20 Jahre später wurden gesetzliche Sondervorschriften für den Konzernsachverhalt mit dem Hinweis auf die genügende Elastizität des Aktienrechtes noch abgelehnt⁷.

Eine spürbare Wandlung des Bewusstseins trat erst zu Beginn der siebziger Jahre ein. So stellte der Zwischenbericht zur Teilrevision des Aktienrechts 1972 fest, dass die Ausarbeitung eines Konzernrechts «rasch an die Hand genommen werden» sollte⁸. Ein Jahr später erfolgte eine Motion von Nationalrat Arnold Koller, in welcher der Bundesrat ersucht wurde, den eidgenössischen Räten «beförderlich» einen Entwurf eines Bundesgesetzes über Konzerne vorzulegen⁹. Auch am Juristentag 1973, welcher dem Thema «Unternehmenskonzentration und -kooperation» gewidmet war, gab es eine starke Gruppe von Konzernrechtsbefürwortern, welche allerdings von seiten der Wirtschaft auf entschiedenen Widerstand traf¹⁰.

Dieselbe Situation treffen wir im grossen und ganzen auch heute noch an. Während in den Kreisen der Rechtswissenschaft die Notwendigkeit eines Konzernrechts nur noch selten bestritten wird, stehen die betroffenen Wirtschaftskreise der Reform eher skeptisch gegenüber¹¹. Immerhin ist die Aktualität des Themas heute offenkundig, wenn praktische Schritte seit neuestem auch wieder in weitere Ferne gerückt zu sein scheinen¹².

3.2. **Die Problematik der heutigen Situation**

3.2.1. *Allgemein*

Die heutige Doktrin geht bei der rechtlichen Behandlung der Aktiengesellschaften von einem Idealbild aus. Dieses konkretisiert sich gemäss

⁶ -Vgl. A. Siegwart, Kommentar, Einleitung N 159.

⁷ Vgl. Caflisch 58 mit Verweisen.

⁸ Zwischenbericht 192, der allerdings unmittelbar zuvor davon spricht, dass ein Konzernrecht «nicht dringend» sei.

⁹ Motion A. Koller vom 26. Juni 1973, StenBull Nationalrat 1974, 889 f.

¹⁰ Vgl. Diskussion 1008 ff.

¹¹ Vgl. für viele Zitat bei Druey, Konzern 279.

¹² Vgl. Botschaft 1983, 5, wonach die Konzernproblematik in einer «weiteren Revisionsphase» gelöst werden müsse.

herrschender Lehre in der mittelgrossen, unabhängigen Publikumsgesellschaft mit relativ breitgestreutem Aktienbesitz¹³. Von diesem Leitbild hat sich die heutige Rechtswirklichkeit stark entfernt. Die aktienrechtliche Landschaft wird heute beherrscht durch Konzern- und Einmanngesellschaften, die sowohl in bezug auf ihre Unabhängigkeit als auch bezüglich der Streuung des Aktienbesitzes in keiner Weise mehr dem seinerzeitigen Leitbild entsprechen.

Diese Entwicklung hat gravierende Folgen: Herrscht gemäss Theorie in der AG ein «System relativer Interessenharmonie»¹⁴, in welchem eine unabhängige Verwaltung bei Verfolgung der Gesellschaftsinteressen gleichzeitig den Aktionären und den Gläubigern dient, so ist dieses Gleichgewicht der Kräfte in der von Konzernen beherrschten Wirklichkeit erheblich gestört. Dies führt zu einer ganzen Reihe von Problemen im Bereich der abhängigen Konzerngesellschaft¹⁵. Nicht nur unterliegen hier verschiedene Gruppierungen wie Minderheitsaktionär, Gläubiger und Arbeitnehmer einer permanenten Gefahr der Benachteiligung, auch die Organe der AG erfüllen den ihnen zugedachten Zweck in der Konzerngesellschaft meist nur noch unvollkommen. Die Generalversammlung dient nicht mehr dem Ausgleich der verschiedenen Gruppeninteressen, sondern legalisiert bloss noch bereits andernorts getroffene Entscheidungen; die Verwaltung richtet ihren Blick nicht mehr auf das Gesellschaftsinteresse, sondern ist in der einen oder anderen Form von der Obergesellschaft abhängig und entsprechend gefügig; der Kontrollstelle schliesslich mangelt es an Informationen und oft auch an der notwendigen Unabhängigkeit¹⁶. All diese Folgen wurden vom Gesetzgeber nicht vorausgesehen und können entsprechend nur behelfsmässig angegangen werden. Doch alle Auslegung und richterliche Rechtsschöpfung vermag nichts an der Tatsache zu ändern, dass das Gesellschaftsrecht auf den Konzernsachverhalt «nicht mehr passt»¹⁷ und dass deshalb der Ruf nach einem eigentlichen Konzernrecht durchaus gerechtfertigt erscheint.

¹³ Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 2 N 7 ff.

¹⁴ Immenga 73.

¹⁵ Neben den hier ausschliesslich interessierenden Problemen der abhängigen Konzerngesellschaft enthalten natürlich auch der Konzern als Ganzes bzw. die Obergesellschaft noch viele ungelöste Fragen. Zu denken ist dabei v.a. an Publizitätsprobleme, Fragen der Haftung der Obergesellschaft und ihrer Organe, vertragsrechtliche Schwierigkeiten usw.; vgl. dazu die umfassende Übersicht bei Druey, Konzern 305 ff.

¹⁶ Vgl. dazu auch Dallèves, Diskussion 1017 f.

¹⁷ Druey, Konzern 301.

3.2.2. *Die gefährdeten Gruppen*

Der Konzernsachverhalt bringt nicht nur die aktienrechtlichen Institutionen ins Wanken, er führt auch zu einer ganz konkreten Gefährdung verschiedener Interessengruppen innerhalb des Systems.

Die grössten Gefahren drohen den Minderheitsaktionären der abhängigen Gesellschaft, den sog. «freien Aktionären». Ihre Interessen vor allem sind es, die mit den heutigen Mitteln nur unvollkommen geschützt werden können. Sie sind direkten und indirekten Schädigungen «ihrer» Gesellschaft mehr oder weniger hilflos ausgesetzt, sofern sie überhaupt davon erfahren. Die Verbesserung der Stellung der freien Aktionäre ist deshalb eine der meistgenannten Forderungen im Bereiche des Konzernrechtes¹⁸.

Ebenfalls gefährdet sind die Gläubiger der Konzerngesellschaft. Hauptgrund ihrer Bedrohung ist die Tatsache, dass sie rechtlich mit der abhängigen Gesellschaft, wirtschaftlich aber mit dem Konzern verkehren. Einer möglichen Entziehung des Haftungssubstrates ihres Schuldners können sie deshalb kaum entgegentreten. Immerhin erscheint die Gefährdung der Gläubiger insofern weniger gravierend, als dass sie sich erst im Falle des Konkurses der Konzerngesellschaft aktualisiert¹⁹.

Neben diesen beiden Hauptexponenten gibt es noch weitere Interessengruppen, die einer potentiellen Gefährdung durch den Konzern ausgesetzt sind. Zu nennen sind hier v.a. die Vertragspartner der Konzerngesellschaft, die Arbeitnehmer derselben sowie die Aktionäre und Gläubiger der Obergesellschaft²⁰. Obwohl ihre Gefährdung bedeutend weniger gravierend ist als diejenige der ersten beiden Gruppen, sind doch auch sie in der einen oder anderen Weise durch die Lückenhaftigkeit der heutigen Regelung betroffen. Auch diese Kreise haben deshalb ein Interesse an einer effizienten und praxisnahen Regelung der Konzernprobleme.

3.2.3. *Die Lage des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft im besonderen*

Die Gefährdung der obgenannten Interessengruppen darf nun nicht als isoliertes Problem verstanden werden, sondern hat ihrerseits wieder Aus-

¹⁸ Vgl. etwa Zweifel, Minderheiten 91 ff.; Dallèves, Diskussion 1018; Böckli 265; Druey, Konzern 297 mit weiteren Verweisen.

¹⁹ Vgl. dazu Dallèves, Referat 683.

²⁰ Vgl. Druey, Konzern 298 f.

wirkungen auf weitere in die Konzernproblematik involvierte Personen. Konkretisiert sie sich nämlich, kommen die Minderheitsaktionäre und Gläubiger der Konzerngesellschaft also zu Schaden, so werden sie nicht lange zögern, einen Verantwortlichen dafür zu suchen. Gemäss geltendem Recht finden sie diesen in der Person des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, der für seine Handlungen einer strengen aktienrechtlichen Haftung unterliegt und entsprechend für den Schaden grundsätzlich verantwortlich gemacht werden kann.

Entgegen den Vorstellungen des Gesetzgebers ist der genannte Verwaltungsrat nun aber nicht völlig unabhängig in seinen Handlungen, sondern steht unter einem permanenten Druck der eine einheitliche Leitung anstrebenden Obergesellschaft. Ist die Schädigung, für welche er zur Rechenschaft gezogen werden soll, nun unter diesem Druck erfolgt, so wird er unter Umständen für Handlungen verantwortlich gemacht, die er gar nicht aus eigenem Antrieb begangen hat.

Damit wird klar, dass auch dieser Exponent der Konzerngesellschaft als durch den Konzernsachverhalt gefährdet betrachtet werden muss. Auf Ursachen, Wirkungen und Einzelheiten seiner Situation ist hinten noch im einzelnen einzugehen²¹. Hier soll jedoch bereits festgehalten werden, dass offenbar eine enge Beziehung zwischen der Wirksamkeit des Minderheiten- und Gläubigerschutzes in der Konzerngesellschaft und der Lage des Verwaltungsrates derselben besteht. Auf diese Erkenntnis wird bei allfälligen Lösungsversuchen Rücksicht zu nehmen sein.

²¹ Vgl. Abschn. 10.1. ff.

2. Kapitel:

Schädigungen im Konzern

§ 4 Schädigungsmotive

4.1. Vorbemerkung

Die Vorstellung einer Schädigung im Konzern hat auf den ersten Blick etwas Widersprüchliches an sich. Die willentliche Benachteiligung einer Konzerngesellschaft durch die Konzernleitung erscheint wenig sinnvoll in Anbetracht der wirtschaftlichen Einheit von Schädiger und Geschädigtem. Trotzdem treten solche Vorgänge unbestrittenermassen immer wieder auf und mit ihnen die im letzten Kapitel dargestellten Probleme für die verschiedenen betroffenen Interessengruppen in der Konzerngesellschaft. Es fragt sich deshalb, welche Motive die Konzernleitung dazu veranlassen, von ihr abhängige Gesellschaften zu schädigen, obwohl sie damit nicht nur deren Verwaltungsrat, sondern unter Umständen auch sich selbst in ernsthafte Schwierigkeiten bringen kann.

4.2. Grundmotiv

Ausgangspunkt aller Überlegungen, die eine Schädigung der abhängigen Gesellschaft im Konzerninteresse beinhalten, ist die betriebswirtschaftliche Erkenntnis, dass der Konzern als wirtschaftliche Einheit seine Leistungsfähigkeit nicht nach dem Erfolg der einzelnen Gesellschaften, sondern nach seinem Gesamtergebnis zu bemessen hat¹. Eine Maximierung dieses Gesamtergebnisses lässt sich aber nur durch Optimierung der Leistung der einzelnen Glieder im Sinne des Konzerns erreichen. Eine solche Opti-

¹ Vgl. Dreger 47.

mierung führt nun für die einzelne Konzerngesellschaft je nach ihrer konkreten Situation zu ganz verschiedenen Ergebnissen. Sie kann mit einer Maximierung ihres Einzelgewinnes zusammenfallen, kann aber umgekehrt auch eine Minimierung desselben verlangen. Die Anstrebung von letzterem bedeutet aber zugleich eine Schädigung der betroffenen Gesellschaft als rechtlich unabhängiger juristischer Person.

4.3. Motive im einzelnen

Die in der Praxis vorkommenden Ursachen für eine Benachteiligung einzelner Konzerngesellschaften sind äusserst vielfältig und kaum abschliessend erfassbar. Immerhin lassen sich gewisse Hauptmotive feststellen. Die wichtigsten sollen in der Folge kurz erläutert werden².

4.3.1. Steuerersparnis

Konzerngesellschaften mit Domizil in verschiedenen Staaten oder Gliedstaaten unterliegen z.T. höchst unterschiedlichen Steuerbelastungen. Durch Abzug der Gewinne aus Hochsteuergebieten und Transfer derselben in weniger belastete Regionen lässt sich der Gesamtaufwand für Steuern im Konzern beträchtlich verringern.

4.3.2. Reduzierung von Dividendenausschüttungen

Oft sind Konzerngesellschaften nicht zu hundert Prozent, sondern bloss mehrheitlich beherrscht. Im letzten Fall existieren noch freie Aktionäre. Eine Verlagerung von Gewinnen von mehrheits- an vollständig beherrschte Gesellschaften erspart dem Konzern allfällige Dividendenausschüttungen an die Minderheitsaktionäre.

4.3.3. Gewinnverschleierung

In vielen Ländern herrscht ein rauhes Betriebsklima. Hohe Gewinne erwecken den Neid der einheimischen Konkurrenz und Ansprüche des Staates und seiner Vertreter. Eine konzerninterne Gewinnverlagerung

² Vgl. dazu auch Dreger 48 ff.; Schlenk 85; Plüss 58.

kann einen «unangebrachten» Erfolg verdecken und so Schwierigkeiten verhindern.

4.3.4. *Festigung der Konzerneinheit*

Die meisten Konzerne entstehen durch einen sukzessiven Erwerb von Beteiligungen. Nicht alle erworbenen Gesellschaften passen von Beginn an ins Unternehmenskonzept. Erst eine gezielte Umstrukturierung und die Zuteilung genau definierter Aufgaben integrieren diese Gesellschaften vollständig in den Konzern. Ob dies den betroffenen Unternehmen selbst zuträglich ist, wird dabei als sekundär betrachtet.

4.3.5. *Risikoabwälzung*

Neue Projekte und Technologien sind oft mit beträchtlichen Innovationsrisiken behaftet. Der Schaden bei einem Fehlschlag lässt sich begrenzen, wenn eine Konzerngesellschaft allein die Verantwortung tragen muss.

4.3.6. *Imagepflege*

Jeder Konzern strebt ein bestimmtes Image an. Dieses lässt sich vertiefen, variieren und differenzieren durch gezielte Imagepflege bei den einzelnen Konzerngesellschaften. Die Kosten für diese lassen sich gesamthaft verringern, wenn nicht alle, sondern nur einzelne, ausgesuchte Gesellschaften diesbezüglich tätig werden und die übrigen von ihren Bemühungen profitieren können.

4.4. *Beurteilung*

Analysiert man die genannten Motive im Detail, so kommt man nicht um die Feststellung herum, dass ihnen in der Regel ein verwerflicher Charakter nicht vorgeworfen werden kann³. Sie sind vielfach nichts weiter als der

³ Eine Ausnahme bildet die Schädigung zwecks Reduktion von Dividendenausschüttungen an Minderheitsaktionäre, die zumindest in reiner Form als missbräuchlich betrachtet werden muss.

Ausdruck eines rein betriebswirtschaftlichen Denkens und nicht selten von der Überzeugung geprägt, dass der durch eine bestimmte Massnahme verursachte kurzfristige Nachteil durch die langfristigen Vorteile, die dem Konzern und damit auch der abhängigen Gesellschaft entstehen, mehr als aufgewogen wird. Trotzdem sind sie bzw. die daraus folgenden Handlungen in der überwiegenden Zahl aller Fälle zweifellos als rechtswidrig zu qualifizieren, da Schädigungen einer Aktiengesellschaft, aus welchem Grund auch immer sie vorgenommen werden, in unserer Rechtsordnung eben grundsätzlich verpönt sind⁴. Damit offenbart sich aber einmal mehr die Problematik der Behandlung der verbundenen Gesellschaften im schweizerischen Recht, das den Konzern als Konstruktion zwar zulässt, ohne jedoch in der Lage zu sein, auch die für ihn typischen Wesenszüge adaequat zu regeln.

⁴ Vgl. dazu etwa Pra. 73 (1984) Nr. 257 E. 3cc, wo das Bundesgericht mit aller Deutlichkeit feststellt, dass die Praxis des Gewinntransfers im Konzern als «unvereinbar mit den Grundsätzen, auf denen das geltende schweiz. Gesellschaftsrecht beruht», zu betrachten ist.

§ 5 Schädigungsmöglichkeiten

5.1. Überblick

Die Möglichkeiten, eine Konzerngesellschaft zu benachteiligen, sind ausgesprochen vielfältig. Sie finden sich in fast allen Bereichen der AG. Dabei können zwei verschiedene Handlungsebenen ausgemacht werden:

Die Schädigung kann einmal die Leistungserstellung der Gesellschaft betreffen, also im geschäftlichen Bereich erfolgen. Hier sind drei Ansatzpunkte denkbar: die Beziehungen der Gesellschaft zu ihren Beschaffungsmärkten, die Verbindungen zu den Absatzmärkten und die geschäftspolitischen Führungsentscheidungen. Betriebswirtschaftlich spricht man vom Versorgungs-, Vollzugs- und Führungsbereich¹. Auf jeden dieser drei Tätigkeitskomplexe hat die Konzernleitung mehr oder weniger direkte Einflussmöglichkeiten. Entsprechend ist auch jeder dieser Bereiche eine potentielle Schädigungsquelle.

Neben dem geschäftlichen bietet auch der strukturelle Bereich der abhängigen Gesellschaft Gelegenheit für Benachteiligungen. Diese können sowohl bei der Gründung als auch bei der Veränderung und sogar bei der Auflösung der Konzerngesellschaft bewirkt werden. Hauptansatzpunkte sind hier das Grundkapital der AG sowie die Vermögensbewertung und -verteilung.

¹ Vgl. Ulrich/Krieg 22 f.

5.2. Beeinflussung des geschäftlichen Bereichs

5.2.1. Führungsbereich

5.2.1.1. Investitionspolitik

Die Investitionspolitik ist einer der Grundpfeiler des langfristigen Geschäftserfolges eines Unternehmens. Die Entscheidung, wann, wo und in welchem Ausmass investiert werden soll, gehört deshalb zu den wichtigsten, aber auch heikelsten Aufgaben der Geschäftsleitung. Ein Fehler an dieser Stelle kann unabsehbare Folgen haben. Deshalb wird die Investitionspolitik der abhängigen Konzerngesellschaft idR massgebend von der Konzernleitung mitbestimmt. Dies erfolgt allerdings nicht immer zum Vorteil der ersteren. So werden vielfach lohnende Investitionen verhindert, sei es, weil die Obergesellschaft diese selbst vornehmen will, sei es, weil sie eine unerwünschte Konkurrenzierung befürchtet oder weil ihr die Investition nicht ins Konzept passt². In allen drei Fällen ist eine Schädigung der abhängigen Gesellschaft die Folge.

Aber auch das Gegenteil ist möglich: Die Konzerngesellschaft wird zu Investitionen gezwungen, die sie von alleine nicht getätigt hätte. Häufig ergeben diese für die Einzelgesellschaft überhaupt keinen Sinn und verursachen lediglich Kosten, während sie dem Konzern in seiner Gesamtheit durchaus nützen.

Schliesslich ist noch auf eine weitere Art der Benachteiligung im Investitionsbereich hinzuweisen. Oft wird der Konzerngesellschaft Kapital entzogen, mit welchem dann anderswo Investitionen zugunsten des Konzerns getroffen werden³. Hier ist die Schädigung im Extremfall gar eine doppelte. Auf der einen Seite fehlt der Gesellschaft das entzogene Kapital, auf der andern Seite schadet ihr die mit diesem getroffene Investition auch noch, etwa weil damit ein konzerninternes Konkurrenzprodukt gefördert wird.

5.2.1.2. Reservenpolitik

Neben der Investitionspolitik stellt die Reservenpolitik die zweite wichtige Regelungsmaterie des Führungsbereiches dar. Hier wird entschieden, wie

² Vgl. Plüss 68; für konkrete Beispiele vgl. Stahl 61 ff.

³ Vgl. Druery, Konzern 313.

die erarbeiteten Gewinne verwendet werden sollen, ob sie zu reinvestieren, auszuschütten oder aufzusparen seien. Damit werden auch im Rahmen der Reservenpolitik bedeutende Weichenstellungen für die Zukunft des Unternehmens getroffen. Entsprechend können auch hier unzweckmässige Beschlüsse zu beträchtlichen Schädigungen führen. Im übrigen ist die Grenze zwischen Reserven- und Investitionspolitik fließend. So ist der Entscheid, einen bestimmten Teil des Unternehmungsgewinns wieder zu investieren, zugleich ein Bestandteil der Reserven- und der Investitionspolitik. Da letztere aber bereits besprochen wurde, interessieren hier ausschliesslich die beiden anderen Aspekte der Reservenpolitik, also die Bildung von Reserven bzw. die Ausschüttung von Gewinnen.

Zwischen Reservenbildung und Gewinnausschüttung herrscht ein enger Zusammenhang⁴. Deshalb kann eine unzweckmässige Reservenpolitik sowohl direkt über den Faktor Reserven als auch indirekt über die Höhe der Dividenden zu Schädigungen der abhängigen Gesellschaft und speziell ihrer Minderheitsaktionäre führen. Dieser Mechanismus spielt dabei sowohl bei übertriebener wie auch bei zu geringer Reservenbildung.

Betreibt eine Gesellschaft eine Anhäufung von offenen und stillen Reserven, ergibt sich ein zweifacher Effekt. Zum einen wird sie selbst zur «lahmen Ente», die sich aus lauter Vorsicht nicht mehr weiterentwickelt und deshalb eventuell den Anschluss an die Konkurrenz verliert, was langfristig verheerende Auswirkungen haben kann. Zum anderen führt eine übertriebene Reservenbildung aber dazu, dass nur noch geringe Dividenden ausgeschüttet werden können. Dies hat zwar eine Steigerung des inneren Wertes der Aktien zur Folge, belastet aber nichtsdestoweniger die freien Aktionäre der Konzerngesellschaft beträchtlich. Jene sind nämlich idR primär an der Rentabilität ihrer Papiere interessiert, da eine Steigerung des inneren Wertes der Aktien ihnen nur wenig bringt, solange letztere, was oft vorkommt, zu einem Preis gehandelt werden, der beträchtlich unter dem tatsächlichen Wert liegt^{5,6}.

⁴ Zur Problematik des Verhältnisses zwischen stillen Reserven und Dividenden vgl. auch Kupper 38 ff.

⁵ Vgl. Plüss 76 f.

⁶ Trotz dieser Belastung sind die betroffenen Aktionäre übrigens kaum in der Lage, etwas gegen ihre Benachteiligung vorzukehren. Ihr Recht auf Dividende gehört zwar zu den sog. wohlverworbenen Rechten, doch kann ihnen nichtsdestotrotz die Dividende nach herrschender Lehre und Praxis weitgehend vorenthalten werden, solange dadurch nicht der Rahmen vernünftiger Überlegungen willkürlich überschritten wird; vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 35 N 11 ff. mit Verweisen auf die Praxis des Bundesgerichts.

Aber nicht nur die übertriebene Anlage von Reserven, sondern auch der umgekehrte Vorgang kann zu Nachteilen führen⁷. Eine sehr grosszügige Ausschüttung von Dividenden scheint zwar kurzfristig im Interesse aller Aktionäre zu liegen, erweist sich aber langfristig oftmals als Bumerang. Ist nämlich die Dividendenauszahlung grösser als der erarbeitete Gewinn, so zehrt dies an der Substanz der Unternehmung, was auf die Dauer wenig sinnvoll ist und im Extremfall gar zum Untergang der Gesellschaft führen kann. Ein Konkursfall betrifft aber wiederum in erster Linie die freien Aktionäre⁸, die nun im Endergebnis bedeutend mehr verlieren, als ihnen die vorherigen Ausschüttungen eingebracht haben⁹. Für die Konzernleitung hingegen kann ein Konkurs der abhängigen Gesellschaft unter Umständen durchaus erwünscht sein. Zwar ist ein solcher durchwegs mit einem namhaften Verlust an Geld und Image verbunden, doch wird dieser vielfach aufgewogen durch den Vorteil, ein wenig attraktives Konzernglied liquidieren zu können, ohne die soziale Verantwortung direkt dafür übernehmen zu müssen.

Ähnliche Auswirkungen wie mit einer übertriebenen Dividendenauszahlung lassen sich auch noch mit einem anderen Instrument erreichen, nämlich mit der sog. «verdeckten Gewinnausschüttung»¹⁰. Unter diesem, aus dem Steuerrecht kommenden Begriff versteht man Vorteile, welche die Gesellschaft ihren Gesellschaftern oder diesen nahestehenden Personen im Bewusstsein zuwendet, dass sie diese unter sonst gleichen Bedingungen unbeteiligten Dritten nicht gewähren würde¹¹. In Konzernverhältnissen werden verdeckte Gewinnausschüttungen in erster Linie durch die Preisgestaltung für konzerninterne Lieferungen und Leistungen realisiert¹², daneben aber auch durch Ausrichtung von zu hohen Entschädigungen an die Verwaltungsräte der Gesellschaft. Im Gegensatz zu den überhöhten Dividendenauszahlungen werden hier die Minderheitsaktionäre der Konzerngesell-

⁷ Bemerkenswert ist die unterschiedliche Stossrichtung der beiden Verfahren: Während bei der Anhäufung der Reserven primär die Minderheitsaktionäre betroffen sind, schädigt die überhöhte Ausschüttung zuerst einmal die Gesellschaft selbst; vgl. Stahl 77 f.

⁸ Ebenfalls geschädigt sind hier die Gläubiger der Konzerngesellschaft.

⁹ Vgl. Plüss 77.

¹⁰ Streng genommen gehört der Sachverhalt der verdeckten Gewinnausschüttung nicht mehr zur Reservenpolitik, doch rechtfertigt der sachliche Zusammenhang eine Erwähnung an dieser Stelle.

¹¹ Vgl. Hohn § 24 N 24; zu den Voraussetzungen für die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung vgl. Häberli 213.

¹² Vgl. Häberli 216 ff.; Dennler 67; zu den Tatbeständen im einzelnen vgl. hinten Abschn. 5.2.2.3., 5.2.2.4. und 5.2.3.3.

schaft von Anfang an nur benachteiligt¹³. Zudem sind Schädigungen solcher Art oft kaum zu erkennen und erst recht nicht zu beweisen. Nicht zuletzt deshalb gehören die verdeckten Gewinnausschüttungen zu den in der Praxis wohl beliebtesten Mitteln zur Gewinnumverteilung im Konzern.

5.2.2. Versorgungsbereich

5.2.2.1. Mitarbeiter

Auch im heutigen Computerzeitalter steht und fällt der Erfolg eines Unternehmens mit der Qualität insbesondere seiner führenden Mitarbeiter. Dieser Tatsache sind sich die Konzernleitungen durchaus bewusst. Sie beschränken sich deshalb im Bereich ihrer Nachwuchsförderung nicht auf die leitende Obergesellschaft, sondern beziehen den ganzen Konzern in ihre Planung mit ein. So steigen regelmässig die besten Köpfe der abhängigen Gesellschaften nach einer gewissen Zeit in die Konzernleitung auf¹⁴. Umgekehrt müssen vielfach die hoffnungsvollsten Nachwuchskräfte der Obergesellschaft erst ihre Sporen in den Konzerngesellschaften abverdienen, bevor sie wieder zurückberufen werden. Beide Verfahren schädigen indes die Konzerngesellschaft. Im ersten Fall werden ihr die oft mit viel Aufwand ausgebildeten Spitzenkräfte entzogen, in der zweiten Variante stellen sie gleichsam ein Übungsfeld für hoffnungsvolle Jungmanager dar. So oder so wird die abhängige Gesellschaft somit im Konzerninteresse benachteiligt. Dasselbe geschieht auch noch in einer weiteren Variante: Die Konzernleitung stellt bestimmte Mitarbeiter der «Tochter» nicht formell an, sondern leiht sie sich lediglich unentgeltlich aus, womit sie die Kapazität dieser Leute nutzen kann, ohne an den Kosten dafür teilhaben zu müssen¹⁵.

5.2.2.2. Anlagen

Schädigungen der Konzerngesellschaft sind auch in der Anlagenwirtschaft möglich. Zu denken ist dabei vor allem an die Beeinflussung von Investitions- und Rationalisierungsmassnahmen durch die Konzernleitung. Auch hier können sowohl positive wie auch negative Entscheide schädigend wirken, weil jede Massnahme, die nicht den konkreten Bedürfnissen der betroffenen Gesellschaft entspricht, letztendlich eine Erfolgskürzung

¹³ Vgl. Plüss 79.

¹⁴ Vgl. Plüss 71.

¹⁵ Vgl. Tappolet 80.

nach sich zieht. So kann z.B. die Blockierung einer Neuanschaffung rationaler Industrieroboter aus der Sicht der Konzerngesellschaft ebenso verfehlt sein wie der Zwang zur teuren Computerisierung oder zum Wechsel eines bewährten Maschinenlieferanten. Die Reihe der Beispiele liesse sich beliebig fortführen. Praktisch relevant ist in diesem Zusammenhang schliesslich auch die oft erhobene Forderung nach Konzerntreue in der Anlagenbeschaffung, also nach Abnahme von Anlagen soweit als möglich aus den eigenen Reihen und unabhängig von der technologischen Konkurrenzfähigkeit dieser Angebote. Gerade dadurch können Wettbewerbsnachteile gegenüber der konzernexternen Konkurrenz entstehen, die sich kaum je wiedergutmachen lassen.

5.2.2.3. *Material*

Die Konditionen des Materialeinkaufs gehören zu den Schlüsselstellen des Erfolges einer Unternehmung. Entsprechend eignet sich auch dieser Bereich für Schädigungen der abhängigen Konzerngesellschaft. Mittel der Benachteiligung sind dabei die sog. «konzerninternen Verrechnungspreise». Darunter sind jene Preise zu verstehen, die im konzerninternen Handel für die gegenseitigen Lieferungen und Leistungen berechnet werden. Im Materialsektor beziehen sich diese auf konzernintern bezogene Rohstoffe und Halbfabrikate sowie Verbrauchsmaterialien.

Die Problematik der Verrechnungspreise liegt für die Konzerngesellschaft einmal in der Schwierigkeit ihrer Berechnung¹⁶, zum anderen aber auch in der Unmöglichkeit ihrer Umgehung. Wie alle wichtigen Beschlüsse wird nämlich auch die Entscheidung, wo und zu welchem Preis sich die Einzelglieder mit Rohstoffen einzudecken haben, letztlich von der Konzernleitung in Abwägung der Gesamtinteressen getroffen werden. Dabei ist es nur natürlich, dass primär konzerninterne Lieferungen angestrebt werden. Dies ist solange nicht zu beanstanden, als dabei einigermaßen marktkonforme Preise Geschäftsgrundlage sind, so dass die Konzerngesellschaft nicht schlechter gestellt ist, als wenn sie mit Dritten verkehren würde. Häufig erliegt nun aber die Konzernleitung der Versuchung, durch den internen Leistungsaustausch nicht nur die Einheit des Konzerns zu fördern, sondern durch eine willkürliche Festlegung der Preise auch noch die Gewinne in

¹⁶ Problematisch ist insbesondere die Frage des Vergleichsmaßstabes: Sollen Marktpreise oder Selbstkosten herangezogen werden, sind noch zusätzliche Faktoren zu berücksichtigen usw.? Zu diesem Problem vgl. Stahl 38 ff.; Dreger 54 ff.; Wälde 372 f.; Plüss 60 ff.

ihrem Sinne zu verschieben. Diese Versuchung ist um so grösser, als selbst das ehrliche Bemühen, «gerechte» Preise festzusetzen, wie erwähnt auf beträchtliche Schwierigkeiten stösst und eine Manipulation derselben entsprechend kaum auffällt. Nichtsdestotrotz können aber willkürliche Verrechnungspreise zu bedeutenden Schädigungen der betroffenen Gesellschaft führen. Zum einen wird ihre Vertragsfreiheit praktisch aufgehoben, zum anderen werden ihr durch die vorgeschriebenen Gestehungskosten massiv Gewinne entzogen. In Extremfällen¹⁷ kann dies zu einer regelrechten «Aushungerung» der Gesellschaft führen¹⁸.

Rechtlich ist dieses Vorgehen bei all seiner Problematik heute nur schwer erfassbar. Ganz abgesehen von der Schwierigkeit der Qualifizierung der Benachteiligung bietet insbesondere das Zivilrecht kaum Handhaben zur Verhinderung derartiger Massnahmen. Einzig das Steuerrecht setzt der Benachteiligung gewisse Schranken, indem es die Gewährung solcher «Vorzugsbedingungen» als verdeckte Gewinnausschüttung¹⁹ betrachtet und entsprechend besteuert²⁰. In der Praxis vermag allerdings auch dies die Existenz von willkürlichen Verrechnungspreisen kaum ernstlich einzuschränken, da auch die Steuerverwaltung nur beschränkte Möglichkeiten besitzt, solche Vorgänge aufzudecken.

5.2.2.4. *Finanzen*

Die Finanzierung einer Konzerngesellschaft kann auf verschiedene Arten erfolgen. Sie kann ihren Kapitalbedarf entweder durch konzernexterne oder durch konzerninterne Finanzierung decken. Falls sie sich für letzteres entscheidet, hat sie die Wahl zwischen einer Finanzierung mit Eigen- oder einer solchen mit Fremdkapital²¹. In der Praxis sind diese Wahlmöglichkeiten allerdings eher theoretischer Natur, da auch hier die Konzernleitung idR das letzte Wort sprechen wird. Dabei bestehen wiederum verschiedene Möglichkeiten zur Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft. Besonders relevant sind in diesem Zusammenhang der zeitliche Aspekt sowie das Problem der Kreditverzinsung²².

¹⁷ Wenn z.B. für die Rohstoffe stark überhöhte Preise verlangt werden und zugleich das Fertigprodukt unter Selbstkosten abgegeben werden muss.

¹⁸ Vgl. Plüss 60.

¹⁹ Vgl. vorn Abschn. 5.2.1.2.

²⁰ Es kommt hier das Prinzip des «dealing at arm's length» zur Anwendung, welches besagt, dass Konzerngesellschaften sich gegenseitig wie wirtschaftlich unabhängige Unternehmen zu behandeln haben; vgl. Häberli 213; Stahl 34.

²¹ Vgl. Häberli 216 f.

²² Vgl. dazu auch Plüss 72 f.

In zeitlicher Hinsicht können Nachteile eintreten, wenn die Obergesellschaft zur Unzeit Kredite von der Konzerngesellschaft erheischt oder umgekehrt dringend benötigtes Fremdkapital nicht zur Verfügung stellt. In beiden Fällen resultiert ein ungedeckter Kapitalbedarf, der die Entwicklung der Konzerngesellschaft behindert und diese somit schädigt.

Aber auch wenn keine zeitlichen Friktionen auftreten, kann die abhängige Gesellschaft noch mittels der Preise der geforderten oder dargebotenen Kredite geschädigt werden. Wir haben es hier mit einem ähnlichen Problem wie bei den «Verrechnungspreisen» zu tun, nur geht es in diesem Fall nicht um Warenlieferungen, sondern um Kapitalströme. Der Mechanismus bleibt aber der gleiche: Sowohl bei Kreditaufnahmen der Obergesellschaft als auch bei Gewährung von Darlehen an die Konzerngesellschaft kann letztere geschädigt werden, wenn die Zinssätze nicht den üblichen entsprechen und nicht Gegenrecht gewährt wird.

In den Bereich der Finanzen in einem weiteren Sinne fällt schliesslich noch das Problem der konzerninternen Dienstleistungen, der sog. «Konzernumlagen». Vielfach erbringt die Obergesellschaft Dienstleistungen für den ganzen Konzern, die dann anteilmässig abgerechnet werden müssen²³. Da eine objektive Bewertung dieser Leistungen äusserst problematisch ist²⁴, wird allfälliger Willkür in dieser Beziehung Tür und Tor geöffnet. Somit kann die abhängige Gesellschaft auch hier wieder benachteiligt werden, ohne dass sie bzw. die betroffenen Minderheitsaktionäre eine praktisch realisierbare Möglichkeit zur Gegenwehr hätten²⁵.

5.2.2.5. Informationen

Eine der wichtigsten Grundlagen unternehmerischer Entscheidung ist die Information. Die Informationsnetze eines Konzerns laufen in der Regel bei der Konzernleitung zusammen, die dann über eine Weiterleitung der Mitteilungen an die abhängigen Gesellschaften entscheidet. Da Informationen über Marktveränderungen, politische Wechsel, Gesetzesneuerungen usw.

²³ So z.B. Aufgaben der Unternehmensplanung, der Revision, des Marketings, der Rechtsberatung usw.

²⁴ Vgl. Immenga 75 und Häberli 217 f.

²⁵ Ein besonders krasses Beispiel einer solchen Benachteiligung liegt dem schon mehrfach zitierten Entscheid in Pra. 73 (1984) Nr. 257 zugrunde. Hier bezahlte die Konzerngesellschaft ihrer Obergesellschaft unter dem Titel «ajustement» einen Betrag von über 50 Mio. Fr., ohne dass irgendeine Gegenleistung erfolgt wäre. Obwohl in diesem Fall keine Minderheitsaktionäre existierten, die geschädigt hätten werden können, zeigt der Sachverhalt doch, welche Ausmasse solche Vermögensverschiebungen anzunehmen in der Lage sind.

äusserst wichtig für die Existenz eines Unternehmens sein können, würde eine Zurückhaltung bzw. eine ungleiche Verteilung von Neuigkeiten aus diesen Bereichen eine schwere Schädigung der betroffenen Gesellschaften bedeuten. In der Praxis dürften solche Vorgänge allerdings eher selten vorkommen, da es in aller Regel keinen vernünftigen Grund für eine derartige Informationspolitik gibt. Zudem sind auch kleinere Konzerngesellschaften heute ohne weiteres in der Lage, sich die notwendigen Informationen weitgehend aus eigener Kraft zu beschaffen.

5.2.3. *Vollzugsbereich*

5.2.3.1. *Forschung und Entwicklung*

Bei grösseren Konzernen ist die Forschungs- und Entwicklungsabteilung vielfach zentralisiert und in die Obergesellschaft integriert. Diese organisatorisch an sich sinnvolle Regelung kann für die Konzerngesellschaften in verschiedener Hinsicht negative Auswirkungen nach sich ziehen. Zum einen gerät die Einzelgesellschaft auf innovativem Gebiet in totale Abhängigkeit. Nicht mehr ihre eigene Kreativität, sondern die «Zuteilungen von oben» bestimmen den Grad ihres Fortschrittes. Da diese unter Berücksichtigung der Konzerninteressen getroffen werden, entsprechen sie vielfach den Bedürfnissen der abhängigen Gesellschaft nur unvollkommen. Dies kann sich, insbesondere im Bereich der einem raschen Wandel unterliegenden Hochtechnologie, auf die Dauer verheerend auf die Konzerngesellschaft auswirken und im Extremfall bis zu ihrem Ruin führen. Zum anderen stellt sich aber auch hier wieder ein Preisproblem²⁶. Da die einzelnen Konzernglieder rechtlich selbständig sind, müssen sie die von der Obergesellschaft entwickelten und patentierten Erfindungen auf dem Lizenzweg erwerben. Die Festlegung der Lizenzgebühren liegt dabei allein in der Hand der Konzernleitung. Da objektive Kriterien und Vergleichsmassstäbe in solchen Fällen meist fehlen, ist die Forderung von überhöhten Lizenzgebühren ein relativ risikoloses und oft praktiziertes Mittel zur Gewinnverschiebung innerhalb des Konzerns.

Schädigungen können indes nicht nur bei zentralisierten Verhältnissen auftreten. Auch wenn jede Konzerngesellschaft ihre eigene Forschungsabteilung besitzt, kann sie benachteiligt werden. So spielt die oberwähnte

²⁶ Vgl. Tappolet 80; Plüss 74.

Preismanipulation natürlich auch in umgekehrter Richtung. Statt zum Erwerb von überkauften Lizenzen kann die Konzerngesellschaft auch zur billigen Abgabe ihrer eigenen Erfindungen gezwungen werden, was genau zum gleichen nachteiligen Effekt führt. Schliesslich ist in diesem Bereich noch ein besonders krasser Fall der Benachteiligung möglich, nämlich die Unterdrückung von erfolgversprechenden Entwicklungen durch die Obergesellschaft aus konzernpolitischen Gründen²⁷. In diesem Fall hat die Konzerngesellschaft sowohl vergebliche Innovationskosten als auch entgangenen Gewinn zu beklagen; die Schädigung ist also eine zweifache²⁸.

5.2.3.2. *Produktion*

Die Beherrschung des Produktionsbereiches der abhängigen Gesellschaften erlaubt es der Konzernleitung, diese vollständig in den Dienst des Konzerns zu stellen. Sie kann Produktionsumstellungen veranlassen, das Sortiment erweitern oder verknappen, eine weitgehende Spezialisierung der Gesellschaft erwirken oder diese gar ganz vom Markt trennen und ausschliesslich für konzerninterne Zwecke arbeiten lassen²⁹.

Dieser beinahe unbeschränkte Einfluss auf den Output der abhängigen Gesellschaft trägt latent eine stete Schädigungsgefahr in sich. Ob eine Benachteiligung schliesslich effektiv eintritt, hängt stark von den Einzelumständen ab. So muss selbst eine Trennung vom Markt nicht unbedingt von Nachteil für eine Konzerngesellschaft sein, solange sie ihre Produkte zu realistischen Konditionen auch konzernintern absetzen darf. Immerhin ist die Gefahr gross, dass die Gesellschaft durch Eingriffe in die Produktion letztendlich eben doch zu Schaden kommt, da auch hier das Konzerninteresse nur selten zu hundert Prozent mit den Gesellschaftsinteressen übereinstimmt.

²⁷ Z.B. aus Imageüberlegungen oder aus Angst vor Konkurrenzierung eigener Produkte.

²⁸ Dass solche Fälle in der Praxis durchaus vorkommen, beweist folgendes Beispiel aus der deutschen Automobilindustrie: Bei der Übernahme der AUDI/NSU-Werke durch den Volkswagenkonzern verfügten erstere über ein produktionsreifes Projekt eines modernen Mittelklassewagens. Dieses wurde von Volkswagen aus Konkurrenzgründen über längere Zeit unter Verschluss gehalten und erst unter massivem öffentlichem Druck als «VW K 70» lanciert; vgl. Stahl 64 f. mit weiteren Verweisen.

²⁹ Vgl. Immenga 75.

5.2.3.3. *Absatz*

In engem Zusammenhang mit der Produktionssteuerung steht die Beeinflussung des Absatzbereichs. Die Hauptschädigungsmöglichkeit besteht hier im Eingriff in die Verkaufspreise der Konzerngesellschaft. Was die konzerninterne Preisgestaltung betrifft, so kann dabei auf die Ausführungen zu den Verrechnungspreisen verwiesen werden³⁰. Im Gegensatz zum Versorgungsbereich hat die Konzernleitung im Absatzbereich aber auch Einfluss auf die Preise für konzernfremde Abnehmer³¹. Hier können Schädigungen dadurch entstehen, dass die Konzerngesellschaft gezwungen wird, ihre Preise ungeachtet der Produktionskosten und der Marktpreise auf einem sehr hohen oder sehr tiefen Niveau anzusiedeln³². Im ersten Fall wird sie dabei Umsatzeinbussen hinnehmen müssen, im zweiten werden vielfach nicht einmal mehr die Produktionskosten gedeckt sein. Somit tritt in beiden Varianten eine namhafte Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft zugunsten des Konzerns ein.

Eine solche kann in diesem Bereich schliesslich auch unabhängig von der Preisgestaltung stattfinden. Der Erfolg eines jeden Produktes hängt nämlich massgeblich von der Qualität der Werbung ab, mit welcher es verkauft werden soll. Wird der Marketingsektor aber aus konzerninternen Überlegungen vernachlässigt, so kann dies zu schweren und unnötigen Umsatzeinbussen führen, die die betroffene Gesellschaft beträchtlich schädigen.

5.3. **Beeinflussung des strukturellen Bereichs**

5.3.1. *Gründung der Gesellschaft*

Die Gründung einer Aktiengesellschaft untersteht bestimmten zwingenden Regeln. Besonderes Augenmerk hat der Gesetzgeber dabei dem Grundkapital geschenkt, welches eine Haftungsbasis zum Schutze der Gläubiger darstellen soll. Es muss deshalb bereits im Zeitpunkt der Entstehung einer Gesellschaft voll gedeckt sein, was dazu führt, dass die Gründung einer AG einen gewissen Kapitalaufwand erfordert³³. Da nicht alle potentiellen

³⁰ Vgl. vorn Abschn. 5.2.2.3.

³¹ Vgl. dazu auch Plüss 64.

³² Motivation zu solchem Tun kann z.B. das Bestreben sein, durch Ausrichtung einzelner Konzerngesellschaften auf spezielle Marktsegmente dem Gesamtkonzern neue Käufer-schichten zu erschliessen.

³³ Für Einzelheiten vgl. Forstmoser, Aktienrecht § 9 N 30 ff.

Gründer die notwendigen Mittel aufbringen können oder wollen, wird immer wieder versucht, mittels unwahrer Angaben oder vorgetäuschter Transaktionen eine Gründung mit geringerem oder gar ohne finanziellen Aufwand zu erreichen. Diese sog. Gründungsschwindel, die aus ersichtlichen Gründen eine Gesellschaft von allem Anfang an sehr belasten, kommen in verschiedenen Variationen vor. Die wichtigsten Tatbestände sollen in der Folge kurz angesprochen werden.

Eine Möglichkeit der schwindelhaften Errichtung einer AG besteht in der Scheinliberierung der Aktien bei der Gründung³⁴. Hierbei wird das zur Gründung notwendige Kapital von den Gründern nur zum Schein einbezahlt, um den Vorschriften formell Genüge zu tun und so den konstitutiven Handelsregistereintrag zu erlangen. In Wirklichkeit werden die zur Verfügung gestellten Mittel unmittelbar nach der Gründung wieder abgezogen und für gesellschaftsfremde Zwecke verwendet. Häufig gehört dieses Kapital nicht einmal den Gründern, sondern wurde mittels eines kurzfristigen Darlehens beschafft, welches anschliessend sofort wieder zurückbezahlt wird. So oder so ist die Folge dieses Schwindels, dass die frisch entstandene AG von Anfang an bar jeglichen Haftungssubstrats ist³⁵.

Ein ähnlicher Effekt lässt sich auch bei Sacheinlagegründungen erreichen, wenn die eingebrachten Sacheinlagen bewusst überbewertet werden. Hier besteht der Schwindel somit nicht im baldigen Wiederabzug der Haftungsbasis, sondern in der vorgetäuschten Höhe derselben. Dies ändert jedoch nichts am Ergebnis. Auch hier beinhaltet die AG bei weitem nicht die Substanz, die sie von Gesetzes wegen aufweisen sollte³⁶.

Erwähnenswert ist schliesslich noch der Gründungsschwindel durch wechselseitige Beteiligung. Hier ist der Täuschungseffekt besonders krass, da auf diese Weise gleich zwei Gesellschaften ohne Kapitaleinlage gegründet werden können. Dies kann wie folgt erreicht werden³⁷. Der Gründer gründet eine erste AG, an der er mindestens eine absolute Mehrheit der Aktien hält. Diese Mehrheitsbeteiligung legt er in eine zweite von ihm gegründete Gesellschaft als Sacheinlage ein. Anschliessend veranlasst er die erste Gesellschaft, ihm die Aktien der zweiten zu einem Preis abzukaufen, der wiederum dem Wert seiner ursprünglichen Einlage entspricht. Somit hat

³⁴ Unter Gründung ist hier stets die in praxi vorherrschende Simultangründung zu verstehen.

³⁵ Zur Scheinliberierung vgl. Schmidlin 371 ff. sowie die Beispiele bei Zimmerli 28 ff.

³⁶ Zur Überbewertung von Sacheinlagen vgl. Schmidlin 373 ff.; Beispiele bei Zimmerli 36 ff.

³⁷ Vgl. Zimmerli 41.

der Gründer praktisch ohne Kapitaleinsatz zwei Aktiengesellschaften ins Leben gerufen, die einander gegenseitig beherrschen, aber bar jeglichen Grundkapitals sind.

Den erwähnten Tatbeständen gesellen sich noch weitere hinzu, die hier nicht näher aufzuführen sind³⁸. All diesen Gründungsschwindeleien gemeinsam ist ihre strafrechtliche Relevanz. Sie gelten als Bestandteil der Wirtschaftskriminalität und sind, einmal aufgedeckt, verhältnismässig problemlos unter die einschlägigen Bestimmungen des StGB subsumierbar. Das Zivilrecht hingegen, welches hier eigentlich einen präventiven Einfluss ausüben sollte, tut sich recht schwer mit den Gründungsschwindeln. Es ist nicht in der Lage, einen wirklichen Schutz gegen diese Missbräuche zu bieten³⁹ und leistet damit der Verbreitung solcher Straftaten einen nicht unbedeutenden Vorschub.

5.3.2. *Veränderung der Gesellschaft*

Nicht nur bei der Neugründung, sondern auch bei der strukturellen Veränderung bereits bestehender Gesellschaften können Benachteiligungen derselben und ihrer Minderheitsaktionäre auftreten. Gelegenheit für potentielle Schädigungen bieten dabei in erster Linie die Kapitalerhöhungen, daneben aber auch der Verkauf von Mehrheitsbeteiligungen an Dritte.

Kapitalerhöhungen unterstehen nach OR 650 grundsätzlich den gleichen Vorschriften wie die Gründung einer Gesellschaft. Entsprechend unterliegen sie auch der gleichen Gefährdung durch Schwindelvorgänge wie letztere. Auch bei Kapitalerhöhungen können somit Scheinliberierungen, überbewertete Sacheinlagen oder wechselseitige Beteiligungen zur Umgehung der Gesetzesvorschriften und somit zur Schädigung der betroffenen Gesellschaft führen. Insofern kann somit weitgehend auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden. Immerhin ergibt sich ein praktischer Unterschied. Während nämlich bei Gründungsschwindeln primär die Gläubiger gefährdet sind, denen ihr Haftungssubstrat entzogen wird⁴⁰, werden bei einer schwindelhaften Kapitalerhöhung in erster Linie die Minderheits-

³⁸ So z.B. die verschleierte Apportgründung oder die Überbewertung von Sachübernahmen; vgl. dazu Schmidlin 375 ff.; N. Schmid, ZStR 250 ff.

³⁹ Vgl. N. Schmid, SAG 103.

⁴⁰ Minderheitsaktionäre existieren hier aus praktischen Gründen meist gar nicht.

aktionäre in Mitleidenschaft gezogen, die gutgläubig Kapital in ein Schwindelgebilde investieren⁴¹.

Doch nicht nur schwindelhafte Kapitalerhöhungen können Benachteiligungen hervorrufen, sondern auch rechtmässige. Dabei gibt es verschiedene Ansatzpunkte. So kann eine Schädigung durch Bezugsrechtsbeschränkungen, durch Schaffung von Vorzugsrechten oder durch Ausgabe von Stimmrechtsaktien erfolgen⁴².

Geschädigt werden dabei allerdings nicht die Gesellschaft selbst oder deren Gläubiger, sondern ausschliesslich die Minderheitsaktionäre. Umso attraktiver mag ein solches Vorgehen in Konzernverhältnissen erscheinen, gibt es doch der Konzernleitung die Möglichkeit, ihren Einfluss auf eine abhängige Gesellschaft zu vergrössern und gleichzeitig die oft ungeliebten Minderheitsaktionäre zu benachteiligen, ohne dass die Gesellschaft selbst Schaden leidet.

Als Strukturveränderung im weiteren Sinne ist an dieser Stelle schliesslich der Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung an einer abhängigen Gesellschaft zu erwähnen. Ein solcher bewirkt zwar idR nicht eine direkte Schädigung der betroffenen Gesellschaft, kann aber, je nach Qualität und Absichten des Käufers, im Endeffekt trotzdem zu schweren Nachteilen für die Beteiligten führen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der neue Beherrscher weniger an der Prosperität der Gesellschaft interessiert ist als die verkaufende Konzernleitung. Eine solche Haltung kann die verschiedensten Motive haben und ist zumeist schon im Augenblick der Entscheidung für den Erwerb präjudiziert⁴³. Im Effekt zeigt sie aber stets die gleichen Folgen: Die abhängige Gesellschaft wird im Verhältnis zu früher weniger gefördert, mehr ausgenommen oder gar langsam ausgehungert, insgesamt also mehr oder weniger stark geschädigt.

5.3.3. *Auflösung der Gesellschaft*

Die Aktiengesellschaft besitzt grundsätzlich eine unbeschränkte Dauer. Soll sie beendet werden, so muss dies durch Auflösung geschehen. Man un-

⁴¹ Die Gläubiger werden durch eine schwindelhafte Kapitalerhöhung zwar auch betroffen, aber immerhin nur potentiell, da ihnen ja nach wie vor das ursprüngliche Grundkapital gewisse Sicherheit bietet.

⁴² Vgl. Zweifel, Konzern 89 FN 69; ausführlich dazu Plüss 90.

⁴³ So z.B. wenn es sich um einen «Gelegenheitskauf» handelt, wenn der Erwerb der Ausschaltung unerwünschter Konkurrenz dient oder wenn der Käufer selbst in Schwierigkeiten steckt.

terscheidet dabei zwischen zwei verschiedenen Auflösungsarten, die auf verschiedene Weise beide zu Schädigungen der Minderheitsaktionäre führen können.

Bei der Auflösung mit Liquidationsfolge⁴⁴, dem Normalfall der Beendigung, wird die Gesellschaft nach einem gesetzlich geregelten Verfahren liquidiert. Die laufenden Geschäfte werden beendet, die bestehenden Verpflichtungen erfüllt und das Vermögen verwertet. Was übrig bleibt, ist der sog. «Liquidationsüberschuss». Die Gefahr für die Minderheitsaktionäre besteht nun primär in der Aufteilung desselben. Zwar sieht das Gesetz vor, dass ein allfälliger Liquidationsüberschuss grundsätzlich nach Massgabe der einbezahlten Beträge zu verteilen sei⁴⁵, doch können die Statuten den Vorzugsaktien Vorrechte einräumen oder allfälligen Berechtigten aus Genussscheinen Ansprüche auf einen Anteil am Liquidationsergebnis zuerkennen⁴⁶. Es ist klar, dass solche Statutenbestimmungen, die die Obergesellschaft mit entsprechender Beteiligung relativ leicht einführen lassen kann, die Minderheitsaktionäre erheblich schädigen können, da ihr Anteil am Liquidationsüberschuss entsprechend sinkt. Daran vermag auch die Wohlerworbenheit des Rechtes auf einen Anteil am Liquidationsüberschuss⁴⁷ nichts zu ändern, da sie nur relativer Natur ist und somit lediglich gegen die gänzliche Entziehung des Rechtes schützt⁴⁸.

Neben der Liquidierung einer AG gibt es noch eine zweite, weniger verbreitete Form der Beendigung einer Gesellschaft: die Auflösung ohne Liquidation. Darunter versteht man neben verschiedenen anderen Tatbeständen⁴⁹ v.a. die Fusion von zwei Gesellschaften durch Annexion oder Kombination. Praktisch bedeutsam ist dabei nur die Annexion, bei welcher die eine Gesellschaft die andere mit ihrem gesamten Vermögen in sich aufnimmt. Diese Aufnahme erfolgt regelmässig durch einen Umtausch der Aktien der übertragenden gegen solche der übernehmenden Gesellschaft. Problematisch ist hierbei v.a. das im Fusionsvertrag festgelegte Umtauschverhältnis der Aktien, welches die Resultante einer Bewertung der beiden beteiligten Gesellschaften darstellt⁵⁰. Dieses Verhältnis ist für den

⁴⁴ Vgl. OR 739 ff.

⁴⁵ Vgl. OR 745 I.

⁴⁶ Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 42 N 21; Schluiep, wohlerworbene Rechte 81 f.

⁴⁷ Vgl. OR 646 III.

⁴⁸ Vgl. Schluiep, wohlerworbene Rechte 81.

⁴⁹ Vgl. dazu OR 738.

⁵⁰ Vgl. dazu im einzelnen Plüss 99 f.

Minderheitsaktionär der übertragenden Gesellschaft von grosser Bedeutung, da es darüber entscheidet, ob er einen realen Gegenwert für seine abgegebenen Aktien erhält.

Da die Bewertung eines Unternehmens aber von vielen verschiedenen, z.T. nur subjektiv abschätzbaren Faktoren abhängt, ist die Gefahr einer Fehlbeurteilung relativ gross⁵¹. Dazu trägt auch die Tatsache bei, dass es verschiedene, zu unterschiedlichen Ergebnissen führende Bewertungsmethoden gibt und dass das Gesetz keine bestimmte Berechnungsart vorschreibt. Alles in allem befindet sich der Minderheitsaktionär bei einer Fusion somit in einer sehr unsicheren Lage, auf die er zudem keinen Einfluss hat. Die Entscheidung, ob und wie stark er benachteiligt wird, liegt auch hier allein in den Händen der Mehrheit.

⁵¹ Diese kann unabsichtlich oder aber auch bewusst erfolgen, wenn z.B. eine Konzernleitung die Annexion einer mehrheitlich beherrschten durch eine hundertprozentig abhängige Gesellschaft vornehmen will. In diesem Fall ist sie daran interessiert, die annehmierte AG möglichst negativ zu bewerten, um den Minderheitsaktionären derselben so wenig Aktien der aufnehmenden Gesellschaft wie möglich aushändigen zu müssen.

§ 6 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

1. Der Konzern wird vorliegend definiert als Zusammenfassung von zwei oder mehr rechtlich selbständigen Aktiengesellschaften unter einheitlicher Leitung.
2. Es gibt verschiedene Arten von Konzernen. Am verbreitetsten ist der faktische Unterordnungskonzern. Er besteht aus einer Konzernleitung, die auf faktischer Grundlage, d.h. zumeist mittels Beteiligung am Grundkapital, eine oder mehrere abhängige Gesellschaften beherrscht.
3. Die Tendenz zur Konzentration hält seit Jahrzehnten ununterbrochen an. Als Folge davon sind heute schätzungsweise über 70% aller Aktiengesellschaften in der Schweiz konzernverflochten.
4. Trotz der wirtschaftlichen Bedeutung des Konzerns fehlt bis heute eine spezifische gesetzliche Regelung dieser Erscheinung in unserer Rechtsordnung. Die vielfältigen Rechtsprobleme müssen deshalb auf der Grundlage des für andere Verhältnisse geschaffenen Aktienrechtes gelöst werden. Dies führt zu beträchtlichen dogmatischen und praktischen Schwierigkeiten.
5. Das Wesen des Konzerns bringt es mit sich, dass die einzelnen Konzerngesellschaften permanent der Gefahr unterliegen, im Interesse des Ganzen benachteiligt zu werden. Die Motive für solche Schädigungen sind dabei ebenso vielfältig wie die Ansatzpunkte dazu. Gemeinsam ist allen Tatbeständen indessen, dass sie eine akute Bedrohung für die Interessen der Minderheitsaktionäre und Gläubiger darstellen.
6. Findet eine Benachteiligung der Konzerngesellschaft tatsächlich statt, so steht den Geschädigten grundsätzlich ein Anspruch auf Schadenersatz zu. Hauptadressat desselben ist der Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft. Gesetzliche Grundlage für allfällige Forderungen bilden die Verantwortlichkeitsbestimmungen des Aktienrechts.

II. Teil

Das rechtliche Element des Interessenkonfliktes

3. Kapitel:

Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im allgemeinen

§ 7 Begriff, Stellung und Pflichten des Verwaltungsrates

7.1. Begriff des Verwaltungsrates

Die notwendigen Organe einer Aktiengesellschaft sind Generalversammlung, Verwaltung und Kontrollstelle. Die Verwaltung übernimmt dabei die Aufgabe der Exekutive; ihr obliegt die eigentliche Geschäftsführung¹.

Nach OR 707 I besteht die Verwaltung aus einem oder mehreren Mitgliedern, die Aktionäre sein müssen. Sind mehrere Personen mit der Verwaltung betraut, so bilden sie nach OR 712 I einen «Verwaltungsrat».

Nach der Terminologie des Gesetzes besteht der Verwaltungsrat somit stets aus einer Mehrheit von Personen. Trotzdem hat sich im allgemeinen Sprachgebrauch eingebürgert, auch das einzelne Mitglied dieses Kollegiums als «Verwaltungsrat» zu bezeichnen. Dieser Usanz soll auch hier gefolgt werden. Der Begriff «Verwaltungsrat» wird deshalb vorliegend sowohl für das Einzelmitglied als auch für das Kollegium als solches verwendet. Der jeweilige Sinn des Ausdrucks geht dabei ohne weiteres aus dem entsprechenden Zusammenhang hervor.

¹ Vgl. Guhl/Merz/Kummer 666; F. von Steiger, AG 218; Meier-Hayoz/Forstmoser, GesR § 12 N 127.

7.2. Stellung des Verwaltungsrates

Die Generalversammlung der Aktionäre ist formell das oberste Organ der Aktiengesellschaft². Dies bedeutet aber nicht, dass sie über unbeschränkte Macht verfügt, sondern lediglich, dass sie die übrigen Organe wählt und dass ihr bestimmte unübertragbare Befugnisse zustehen. Ansonsten sind Generalversammlung und Verwaltungsrat nach herrschender Lehre funktionell gleichgestellt, wobei jedem der beiden Organe ein bestimmter Aufgabenbereich zugeordnet wird, für den es allein zuständig ist³. Diese als «Paritätstheorie» bezeichnete Auffassung ist allerdings von der Praxis zum Teil bereits wieder überholt worden. Effektiv ist es nämlich heute aus verschiedenen Gründen⁴ vielfach so, dass die Verwaltung zum absolut massgebenden Organ der Gesellschaft geworden ist, welches alle Fäden in der Hand hält und sich seine Entscheide von der Generalversammlung bloss noch formell legitimieren lässt.

Hand in Hand mit diesem Machtzuwachs sind aber auch die Anforderungen an den Verwaltungsrat beträchtlich gestiegen. Wurde ein Verwaltungsratsmandat noch vor wenigen Jahren als risikolose und bequeme Nebenerwerbsquelle betrachtet, so sind solche Ansichten heute keinesfalls mehr angebracht. Dies hat verschiedene Gründe. So fordern die aktuellen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ein Maximum an Kompetenz und Einsatzbereitschaft, um ein Unternehmen erfolgreich führen zu können. Unfähigkeit oder Zeitmangel auf seiten des geschäftsführenden Verwaltungsrates schlagen sich entsprechend in aller Regel sehr bald in roten Zahlen nieder. Dies zu akzeptieren sind nun aber die Aktionäre je länger je weniger bereit, wie die steigende Zahl von Verantwortlichkeitsklagen zeigt⁵. Indirekte Unterstützung erhalten sie dabei von den Gerichten, die im Verlaufe der letzten Jahre ihre Optik gegenüber der verwaltungsrätlichen Tätigkeit beträchtlich verändert haben. Lassen ältere Urteile noch grosse Nachsicht gegenüber Verfehlungen der Verwaltung erkennen⁶, so weist die neuere Judikatur diesbezüglich einen ganz anderen Tenor auf⁷.

² Vgl. OR 698 I.

³ Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, GesR § 12 N 123; Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 16 N 6; Schulthess II f.; Schett 23 sowie BGE 78 II 374 f.

⁴ Vgl. dazu im einzelnen Schett 12 ff. mit weiteren Verweisen.

⁵ Vgl. dazu auch Hütte, Sorgfaltspflichten 2 ff.

⁶ Vgl. etwa BGER in SAG 23 (1950/51) 184 ff., wo zwei Verwaltungsräte lediglich aufgrund ihrer Stellung als nicht geschäftsführende Strohänner praktisch von jeglicher Verantwortlichkeit befreit wurden.

⁷ So etwa BGE 97 II 411 ff., 99 II 178 ff., BezGer Zürich in ZR 82 (1983) Nr. 57.

All dies führt dazu, dass der lange kaum ernstgenommenen Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates heute auch in der Praxis eine zunehmende Bedeutung beigemessen wird, was nicht zuletzt in den Reihen der abhängigen Konzerngesellschaften mit gewisser Besorgnis zur Kenntnis genommen werden müsste.

7.3. Pflichten des Verwaltungsrates

7.3.1. Allgemein

Der Verwaltung obliegt, wie bereits erwähnt, die Geschäftsführung der Gesellschaft. Ihre Befugnisse richten sich dabei nach Gesetz, Statuten, Reglement und den Beschlüssen der Generalversammlung⁸. Die einzelnen Pflichten der Verwaltung werden vom Gesetz in einem positiven Pflichtenkatalog ausführlich, wenn auch nicht abschliessend umschrieben⁹. Eingeleitet wird die gesetzliche Aufzählung durch den allgemeinen Grundsatz, dass die Verwaltung «die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten» hat. Diese Formulierung beinhaltet nach einhelliger Auffassung neben der explizit aufgeführten Sorgfaltspflicht auch eine Treue- sowie eine Geheimhaltungspflicht, die jeder Verwaltungsrat mit Annahme seines Mandates persönlich übernimmt¹⁰.

7.3.2. Die Sorgfaltspflicht

Die Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates ergibt sich aus der oberwähnten Formulierung in OR 722 I. Die Präzision der Umschreibung lässt allerdings zu wünschen übrig¹¹. Trotzdem gibt die Auslegung der Norm heute kaum mehr zu Streitigkeiten Anlass. Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass an die Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates hohe Anforderungen zu stellen sind. Es genügt deshalb nicht, wenn dieser bei Ausführung seiner Aufgaben die sog. «*diligentia quam in suis*» walten lässt, also dieselbe

⁸ Vgl. OR 721 I.

⁹ Vgl. OR 722 ff.

¹⁰ Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 24 N 13; Bürgi, Kommentar, Art. 722 N 3 ff.

¹¹ Vgl. demgegenüber die ausführlichere Formulierung im deutschen AktG, wo in § 93 I von der «Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters» die Rede ist.

Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten anwendet¹². Verlangt wird vielmehr ein Handeln, wie dies «ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises . . . unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde»¹³. Der Massstab, an welchem die Sorgfalt des Verwaltungsrates gemessen wird, ist somit immer derselbe; man spricht deshalb in diesem Zusammenhang auch von der objektivierten Sorgfaltspflicht¹⁴.

Die Objektivierung der Betrachtungsweise bedeutet nun allerdings nicht, dass die individuelle Situation des Betroffenen nicht zu berücksichtigen wäre. Insbesondere Unterschieden in der jeweiligen Stellung des Verwaltungsrates, in der Grösse und der Struktur des Unternehmens oder in branchenspezifischen Usancen ist durchaus Rechnung zu tragen¹⁵, nicht jedoch bloss subjektiv bedingten Eigenheiten¹⁶. So wird vom Verwaltungsrat eines Grossbetriebes nicht die gleiche Detailkenntnis im Materialbereich erwartet werden können wie von seinem geschäftsführenden Kollegen in der Familiengesellschaft; dafür wird er höheren Ansprüchen in anderen Sektoren genügen müssen.

Diese Individualisierung der Anforderungen hat aber auch ihre Grenzen. Ein Mindestmass an geistigen Grundlagen und ökonomischen Fähigkeiten kann von jedem Verwaltungsrat unabhängig von seiner spezifischen Situation gefordert werden. Ebenso ist eine gewisse Leistungsbereitschaft für ein solches Amt unabdingbar. Ein mangelndes Verständnis der Zusammenhänge oder ein behaupteter Zeitmangel kann deshalb eine Sorgfaltspflichtsverletzung keinesfalls entschuldigen, kann man doch erwarten, dass ein Verwaltungsrat seine persönlichen und zeitlichen Möglichkeiten bei Annahme seiner Wahl richtig einzuschätzen weiss¹⁷.

Schliesslich sei noch auf folgendes hingewiesen: Bei aller Strenge des Massstabes darf die Auslegung von OR 722 I nicht zu einer Beeinträchtigung des kaufmännischen Ermessens und insbesondere einer gesunden Risikofreudigkeit führen¹⁸. Der Verwaltungsrat soll für die sorgfältige Ausführung der ihm obliegenden Aufgaben haften, nicht aber für den wirtschaftlichen Erfolg seiner Massnahmen. Eine Abwürgung der für jedes

¹² Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 301 mit Verweisen; Wenninger 97.

¹³ Meier-Wehrli 80.

¹⁴ Vgl. dazu auch hinten Abschn. 8.4.4.

¹⁵ Vgl. Funk, Art. 722 N 1; E. Schucany, Kommentar, Art. 722 N 1; Bürgi, Kommentar, Art. 722 N 4.

¹⁶ Vgl. dazu auch Abschn. 8.4.4.

¹⁷ Vgl. F. von Steiger, AG 229; Bürgi, Kommentar, Art. 722 N 6; Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 24 N 13.

¹⁸ Vgl. Meier-Wehrli 31.

Unternehmen geradezu lebensnotwendigen Bereitschaft zum kalkulierten Risiko durch eine überdehnte Interpretation der Sorgfaltspflicht hätte fatale Folgen. Dies sollte bei allem Streben nach Ausgleich von ungerechtfertigten Schädigungen nicht vergessen werden.

7.3.3. *Die Treuepflicht*

Obwohl eine Treuepflicht des Verwaltungsrates im Gesetz nicht explizit erwähnt wird, ist ihre Existenz doch unbestritten¹⁹. Sie ergibt sich aus der Vertrauensstellung, die der Verwaltungsrat in der Gesellschaft innehat²⁰. Die Treuepflicht gebietet grundsätzlich eine umfassende Wahrung der Gesellschaftsinteressen durch das einzelne Verwaltungsratsmitglied²¹. Entsprechend muss dieses im Zweifelsfall sowohl seine Eigeninteressen als auch allfällige Sonderinteressen Dritter, die es zu vertreten hat²², zugunsten der Gesellschaftsinteressen hintanstellen. Der Verwaltungsrat hat mit anderen Worten alles zu unterlassen, was irgendeine Gefährdung der berechtigten Ansprüche der Gesellschaft darstellen könnte²³. Die Treuepflicht besitzt somit einen ethisch absoluten Charakter, der im Gegensatz zur nur relativ bestimmten Sorgfaltspflicht rechtlich eindeutig festlegbar ist²⁴.

Die praktischen Folgen der Treuepflicht sind zum Teil kontrovers. Unbestrittenermassen führt sie zur Annahme eines Konkurrenzverbotes, welches mindestens für die Dauer des Verwaltungsratsmandates gilt²⁵. Umstritten ist hingegen, ob aus der Treuepflicht auch eine Pflicht zur Geheimhaltung und eine Aktenrückgabepflicht zu folgern sei. Entgegen der Meinung einiger Autoren²⁶ ist dies abzulehnen. Zwar ist die Existenz einer Geheimhaltungs- und Aktenrückgabepflicht nicht zu bestreiten, doch lässt sie sich m.E. nicht als Konkretisierung der Treuepflicht auffassen, sondern

¹⁹ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 722 N 8; Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 24 N 13; E. Schucany, Kommentar, Art. 722 N 1; F. von Steiger, AG 229 mit weiteren Verweisen.

²⁰ Vgl. E. Schucany, Kommentar, Art. 722 N 1; Thalman 20 f.; Meier-Wehrli 32 mit weiteren Verweisen.

²¹ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 722 N 8; Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 24 N 16.

²² Z.B. als Vertreter einer Aktionärsgruppe im Sinne von OR 708 IV oder V; vgl. dazu Münch 90 f.; Thalman 47 f.

²³ Vgl. E. Schucany, Kommentar, Art. 722 N 1; Schulthess 53.

²⁴ Vgl. dazu ausführlich Thalman 7 ff.

²⁵ Das Verbot ergibt sich nach herrschender Auffassung aus einer Analogie zu den Normen der Kollektivgesellschaft; vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 722 N 9; Schulthess 53; Münch 94.

²⁶ So z.B. Wenninger 90; Münch 92; Wohlmann 41.

stellt vielmehr eine eigene Pflichtenkategorie dar, die sich, gleichrangig mit der Treuepflicht, aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht ableiten lässt²⁷.

Verletzt ein Verwaltungsrat seine Treuepflicht, so treten die gleichen Folgen wie bei einer Sorgfaltspflichtverletzung ein: Der Verantwortliche wird haftbar nach OR 754. Daneben können Verstösse gegen die Treuepflicht allerdings auch strafrechtsrelevant werden, wenn sie nämlich den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung im Sinne von StGB 159 erfüllen²⁸.

7.3.4. *Die Geheimhaltungspflicht*

Neben Sorgfalts- und Treuepflicht obliegt dem Verwaltungsrat schliesslich noch die oben bereits erwähnte Pflicht zur Geheimhaltung. Ihr Umfang beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln des Berufsgeheimnisses. Der Verwaltungsrat hat somit über all diejenigen Tatsachen Schweigen zu bewahren, von denen er im Rahmen seiner Amtstätigkeit Kenntnis erhält und die nicht allgemein bekannt sind. Das Schweigegebot gilt sowohl während als auch nach der aktiven Ausübung des Verwaltungsratsmandates. Es bezieht sich auf jedermann, auch auf Personen, die die fraglichen Tatsachen schon kennen. Selbstverständlich verbietet sich in diesem Zusammenhang nicht nur die verbale Aussage, sondern auch die Zulassung einer Einsichtnahme in die Akten oder gar die Herausgabe derselben²⁹.

In engem Zusammenhang mit der Geheimhaltungspflicht steht die Verpflichtung des Verwaltungsrates, nach Beendigung seines Mandates automatisch alle in seinem Besitz befindlichen Gesellschaftsakten herauszugeben. Diese Auflage beinhaltet im übrigen ebenfalls das Verbot, Abschriften oder Kopien der entsprechenden Dokumente zu erstellen³⁰. Ähnlich wie die Verletzung der Treuepflicht kann auch eine Missachtung der Geheimhaltungsvorschriften sowohl zivil- als auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Einschlägig ist hier vor allem StGB 162, der die Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses betrifft³¹.

²⁷ Gl.M. offenbar Bürgi, Kommentar, Art. 722 N 3 ff.; E. Schucany, Kommentar, Art. 722 N 1; Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 24 N 13 ff.; Schulthess 50 ff.; Haunreiter 20.

²⁸ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 722 N 8; Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 24 N 16.

²⁹ Vgl. im einzelnen Bürgi, Kommentar, Art. 722 N 11; Funk, Art. 722 N 1; E. Schucany, Kommentar, Art. 722 N 1; Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 24 N 15; Münch 92.

³⁰ Vgl. Funk, Art. 722 N 1; Münch 93 sowie Bürgi, Kommentar, Art. 722 N 12, der allerdings mit Recht darauf hinweist, dass eine Überprüfung des Kopierverbotes praktisch unmöglich ist.

³¹ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 722 N 11.

§ 8 Die Sanktion der Pflichtverletzung: die Verantwortlichkeitsklage

8.1. Vorbemerkung

Wie im letzten Paragraphen gezeigt wurde, unterliegt der Verwaltungsrat bei Ausübung seines Amtes bestimmten gesetzlichen Verhaltensregeln. Die Statuierung solcher Vorschriften ist durchaus angebracht, besitzt die Verwaltung doch eine bedeutende Machtposition innerhalb der Gesellschaft, die leicht zum Missbrauch verleiten könnte. Zudem verwaltet sie idR nicht ihr eigenes Vermögen, sondern fremdes Kapital, weshalb besondere Sorgfalt angebracht ist. Nun ist es aber mit der Aufstellung eines Pflichtenkataloges regelmässig nicht getan; um solchen Vorschriften Nachachtung zu verschaffen, bedarf es erfahrungsgemäss stets einer Sanktionsnorm. Diese Aufgabe erfüllen die Bestimmungen von OR 752ff. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert dabei v.a. OR 754 I, wo eine spezielle aktienrechtliche Haftung für pflichtwidrige Schadensverursachung bei der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle statuiert wird. Diese Bestimmung ist von zentraler Bedeutung insbesondere auch für den Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft. Sie soll deshalb im folgenden etwas ausführlicher besprochen werden.

8.2. Ersatzpflichtige

Nach OR 754 sind «alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen» der aktienrechtlichen Haftung unterstellt. Unter Verwaltung ist dabei die «oberste, nicht oder zumindest nicht vollumfänglich delegierbare Exekutivtätigkeit»¹ zu verstehen. Der Begriff der Geschäftsführung andererseits umschreibt «jene in vollem Umfang delegierbare Tätigkeit, welche selbständige Entscheidungsbefugnisse sowie die

¹ Forstmoser, Verantwortlichkeit N 652 mit weiteren Verweisen.

Möglichkeit einer wenigstens indirekten Beeinflussung von Verwaltungsratsbeschlüssen umfasst und geeignet ist, unmittelbar zur Realisierung des Gesellschaftszwecks beizutragen»². Damit wird klar, dass OR 754 qualitativ durchaus verschiedene Adressaten anspricht. Entsprechend muss auch die Optik differenziert werden, mit welcher der Kreis der Verantwortlichen ermittelt wird. Dabei wird einmal eine formelle, das andere Mal eine materielle Betrachtungsweise angewandt³.

Auf rein formelle Kriterien wird die Verantwortlichkeit des hier vor allem interessierenden Verwaltungsrates abgestützt. Jede zum Verwaltungsrat ernannte Person ist automatisch und allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu diesem Gremium im Verantwortlichkeitsprozess nach OR 754 passiv-legitimiert⁴. Auf Wahlhintergründe, Aufgaben und Kompetenzen des einzelnen Verwaltungsrates kommt dabei nichts an. Der Strohmann haftet im Schadensfalle deshalb genauso wie der Prominente, der dem Gremium nur aufgrund seines klingenden Namens angehört. Die Haftung des Verwaltungsrates erstreckt sich auf alle funktionell mit seinem Tätigkeitsbereich in Zusammenhang stehenden Handlungen⁵. Seine Mitglieder unterstehen der Verantwortlichkeitsregelung deshalb selbst dann, wenn sie Verwaltungshandlungen nicht in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsrat, sondern als Aktionäre oder Privatleute vornehmen⁶.

Mit der Erfassung der gewählten Verwaltungsräte ist nun aber noch nichts über das haftungsrechtliche Schicksal der Verwaltungs- oder Geschäftsführungsfunktionen ausübenden Personen ausserhalb dieses Gremiums gesagt. Diese Gruppe lässt sich mit formalen Kriterien nicht mehr befriedigend bestimmen. Ihre Unterstellung unter OR 754 erfolgt deshalb nach materiellen Gesichtspunkten. Danach können alle jene Personen, die «in massgebender Weise an der Willensbildung der AG teilnehmen und korporative Aufgaben selbständig ausüben»⁷, bei Pflichtverletzungen ak-

² Meier-Wehrli 12; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 652; Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 119.

³ Da gemäss h.L. alle nach OR 754 Verantwortlichen zugleich Organfunktionen innehaben, spricht man auch von formellem und materiellem Organbegriff; vgl. etwa Druey, Organ 77, sowie Forstmoser, Organ 126 ff.

⁴ Vgl. Guhl/Merz/Kummer 691; Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 119; Forstmoser, Verwaltungsräte 31; von Greyerz, AG 291.

⁵ Vgl. Forstmoser, Verwaltungsräte 31; Portmann 34 f.

⁶ Vgl. ZR 59 (1960) Nr. 130, 333, wo Mitglieder des Verwaltungsrates für einen Entscheid verantwortlich gemacht wurden, den sie als Aktionäre in der Generalversammlung getroffen hatten.

⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 25 N 2.

tienrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Damit weitet sich der Geltungsbereich von OR 754 I über den Verwaltungsrat hinaus auf höhere Angestellte jeglicher Art wie Geschäftsführer, Direktoren, Prokuristen, aber auch auf Personen ohne formelle Stellung wie verdeckte Verwaltungsräte oder Hintermänner aus⁸. Sie alle können im Falle einer Schädigung zur Leistung von Ersatz verpflichtet werden, sofern sie in obgenannter Weise tätig und auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind⁹.

Damit ist auch bereits angedeutet, welche Personengruppen einer Verantwortlichkeit nach OR 754 I nicht unterstehen. Es sind dies primär alle Angestellten ohne Leitungsfunktionen im zitierten Sinne, daneben aber auch die Minderheitsaktionäre sowie der Hauptaktionär, sofern er sich auf die Ausübung seiner Aktionärsrechte beschränkt¹⁰. Geht er allerdings darüber hinaus und übt Verwaltungs- oder Geschäftsführungsfunktionen aus, so wird er als materielles Organ betrachtet und haftet entsprechend¹¹.

8.3. Anspruchsberechtigte

Zur Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage grundsätzlich befugt sind nach OR 754 I die Gesellschaft selbst, ihre Aktionäre und ihre Gläubiger. Die Klage geht auf Ersatz des durch die Pflichtwidrigkeit verursachten Schadens. Die Legitimation zur Klageerhebung ist je nach Person des Klägers im Detail verschieden geregelt.

8.3.1. Die Gesellschaft

Wenn die Verwaltung ihre in OR 722ff. niedergelegten Pflichten verletzt, schädigt sie in erster Linie die betroffene Gesellschaft selbst. Entsprechend wird diese in OR 754 auch an erster Stelle der zur Verantwortlichkeitsklage Legitimierten genannt. Voraussetzung ist allerdings, dass die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist und somit überhaupt eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt¹².

⁸ Vgl. Meier-Wehrli 21 f. sowie, betr. Haftung des «stillen» Verwaltungsrates, BGE 107 II 353 ff.; weitere Bsp. bei Forstmoser, Organ 134.

⁹ Vgl. hinten Abschn. 8.4.

¹⁰ Vgl. von Greyerz, AG 291.

¹¹ Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 706 mit weiteren Verweisen.

¹² Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 10; Meier-Wehrli 48; Schiess 19.

Zuständig für die Erhebung der Klage ist grundsätzlich der Verwaltungsrat der geschädigten Gesellschaft; eine vorgängige Legitimierung des Vorhabens durch die Generalversammlung ist nicht notwendig. Aufgrund der grossen Tragweite des Entscheides empfiehlt es sich für die Verwaltung allerdings trotzdem, die Generalversammlung frühzeitig zu informieren und sich ev. speziell ermächtigen zu lassen¹³.

Meistens richtet sich nun aber die Verantwortlichkeitsklage gerade gegen eines oder mehrere Mitglieder des Verwaltungsrates. Zumindest im letzten Fall ist es zur Vermeidung von Interessenkonflikten angebracht, durch die Generalversammlung einen Bevollmächtigten ernennen zu lassen, der die Klage für die Gesellschaft geltend macht. Unumgänglich wird dieses Vorgehen, wenn der Gesamtverwaltungsrat ins Recht gefasst werden soll. In dieser Situation sollten denn auch die Betroffenen in ihrem Amt ersetzt werden¹⁴.

Ein allfälliger GV-Entscheid über Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage erfolgt mit dem normalen gesetzlichen Quorum. Dieses darf statutarisch nicht erhöht werden. Andererseits ist die erhöhte Stimmkraft von Stimmrechtsaktien hier nicht zu beachten^{15, 16}. Damit soll verhindert werden, dass an sich gerechtfertigte Verantwortlichkeitsklagen durch einzelne Grossaktionäre zu Fall gebracht werden können.

8.3.2. *Die Aktionäre*

Die Aktionäre einer Aktiengesellschaft können durch pflichtwidriges Verhalten der Verwaltung auf zwei Arten zu Schaden kommen. Zum einen können sie unmittelbar geschädigt werden, indem ihre Individual- und Sonderrechte oder die zu ihren Gunsten aufgestellten Schutzbestimmungen

¹³ Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 100; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 11, 13; Meier-Wehrli 48; Schiess 19.

¹⁴ Vgl. im einzelnen Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 100; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 12; Meier-Wehrli 48 f.; Schiess 19.

¹⁵ Vgl. im einzelnen Forstmoser, Verantwortlichkeit N 14 f. mit weiteren Verweisen.

¹⁶ Im Gegensatz dazu gelten die Stimmrechtsaktien bei der Wahl des Bevollmächtigten. Dies kann dazu führen, dass die Anhebung einer Klage zwar beschlossen wird, der dazu benötigte Bevollmächtigte aber nicht gewählt werden kann. In diesem Falle befürwortet die Lehre in Analogie zu OR 706 III die Einsetzung eines Bevollmächtigten durch den Richter; vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 101; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 15.

verletzt werden¹⁷. Häufiger als die unmittelbare kommt aber eine mittelbare Schädigung der Aktionäre zum Tragen. Wird durch die Pflichtwidrigkeit der Verwaltung nämlich die AG selbst belastet, so wirkt sich dieser Vermögensverlust auch auf den einzelnen Aktionär aus, da auch sein Anteil an der Gesellschaft an Substanz verliert¹⁸. Auch hier liegt deshalb im Endeffekt eine Schädigung des Aktionärs vor, wenn auch bloss eine indirekt erzeugte. Trotz dieser Übereinstimmung im Ergebnis statuiert das Gesetz unterschiedliche Legitimationsvorschriften für die beiden Tatbestände.

8.3.2.1. *Bei unmittelbarem Schaden*

Relativ einfach stellt sich die Lage bei unmittelbarem Schaden dar. Hier steht jedem einzelnen Aktionär ein individuelles Klagerecht zu, welches er jederzeit, auch im Konkurs der Gesellschaft, geltend machen kann. Abgesehen von den aktienrechtlichen Bestimmungen über Verjährung und Gerichtsstand¹⁹ richtet sich die Klage dabei nach OR 41ff²⁰. Der Anspruch geht auf Leistung an den Klagenden selbst und kann unabhängig von allfälligen Ersatzansprüchen der Gesellschaft, der Gläubiger oder anderer Aktionäre erhoben werden²¹. Ebenso schränkt eine allfällige Decharge das Klagerecht nicht ein. Dies gilt selbst dann, wenn der klagende Aktionär der Entlastung ursprünglich zugestimmt hat²². Ein aktueller Aktienbesitz ist im übrigen zur Geltendmachung einer Klage nicht notwendig; es genügt, wenn der Klagende zum Zeitpunkt der Schädigung Aktionär war²³.

8.3.2.2. *Bei mittelbarem Schaden*

Bei mittelbarem Schaden sind die Verhältnisse bedeutend komplexer. Hier ist danach zu unterscheiden, ob die Gesellschaft noch zahlungsfähig ist

¹⁷ Beispiele dafür sind etwa die Verweigerung der Auszahlung einer geschuldeten Dividende, die Missachtung eines gesetzlich oder statutarisch vorgesehenen Bezugsrechtes oder die widerrechtliche Kaduzierung einzelner Aktien; vgl. Meier-Wehrli 52; weitere Beispiele bei Frick 92 f.; Bättig 17; Probst 134.

¹⁸ Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 25 N 14; Frick 96; Düggen 83.

¹⁹ OR 760 und 761.

²⁰ Vgl. F. von Steiger, AG 276; Meier-Wehrli 81.

²¹ Vgl. Forstmoser, Verwaltungsräte 36; Guhl/Merz/Kummer 692.

²² Vgl. Biggel 89; Frick 106; Bättig 30.

²³ Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 105; vgl. auch BGE 106 II 234; zum Ganzen ausführlich Forstmoser, Verantwortlichkeit N 27 ff.

oder sich bereits im Konkurs befindet. Je nach Beantwortung dieser Frage regelt das Gesetz die Möglichkeiten des Klägers unterschiedlich²⁴:

- Befindet sich die Gesellschaft nicht im Konkurs, so hat der Aktionär auch bei mittelbarem Schaden grundsätzlich ein Recht zur Klage. Dieses unterliegt jedoch verschiedenen Einschränkungen. So geht sein Anspruch lediglich auf Leistung des Ersatzes an die Gesellschaft²⁵. Zudem wirkt sich hier, im Gegensatz zum unmittelbaren Schaden, ein Entlastungsbeschluss auf das Klagerecht aus: Der diesem zustimmende Aktionär verliert es, ebenso der Käufer, der Aktien in Kenntnis des Entlastungsbeschlusses erworben hat; dem nicht zustimmenden Aktieninhaber andererseits wird zur Anhebung seiner Klage eine Frist von sechs Monaten ab Erteilung der Decharge gesetzt²⁶. Schliesslich muss der Kläger nicht bloss im Zeitpunkt der Schädigung, sondern auch bei Erhebung der Klage Aktionärsseigenschaft besitzen, um aktivlegitimiert zu sein²⁷.

Auch bei mittelbarem Schaden ist das Klagerecht selbständig. Eine von der Gesellschaft erhobene Klage steht ihm deshalb nicht entgegen. Werden mehrere Klagen von Aktionären angehoben, so sind diese zu vereinigen oder die Prozesse bis auf einen zu suspendieren²⁸.

Unstritten ist die Rechtsnatur des Klagerechts des Aktionärs. Nach der heute wohl herrschenden Meinung soll es ein eigenes Forderungsrecht darstellen²⁹, nach einer anderen Ansicht ist es eine blosser Aktivlegitimation zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens³⁰. Die Entscheidung der Streitfrage ist nicht bloss von theoretischem Interesse, sondern hat nicht unwesentliche praktische Konsequenzen: Nur die Annahme eines Forderungsrechtes gestattet es nämlich dem Aktionär, auch dann Klage zu erheben, wenn die Gesellschaft selbst einen Vergleich mit der Verwaltung abgeschlossen hat oder wenn über die Gesellschaftsklage bereits ein Urteil erfolgt ist³¹.

²⁴ Vgl. OR 755-757.

²⁵ Vgl. OR 755; mit dieser Klausel wollte man die Gefahr schikanöser Individualklagen vermindern, vgl. Botschaft 1928, 60.

²⁶ Vgl. OR 757.

²⁷ Vgl. Biggel 91 f.; Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 103.

²⁸ Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 38, 44; Meier-Wehrli 86.

²⁹ So Forstmoser, Verantwortlichkeit N 41, Beschränkung 30 und Schaden 72; Meier-Wehrli 101; Schiess 142; ebenso das BGer in BGE 86 III 154 ff., 93 III 63 f. und neustens III II 182 ff.; zur Tragweite des letztgenannten Entscheides vgl. Forstmoser, Schaden 71 ff.

³⁰ So v.a. Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 53 ff., Art. 755 N 7, Art. 756 N 3 ff.; gleicher Meinung offenbar auch das Obergericht Zürich; vgl. ZR 84 (1985) Nr. 57, 138 f.

³¹ Vgl. dazu auch hinten Abschn. 8.7.4.

- Noch restriktivere Verhältnisse als bei der zahlungsfähigen Gesellschaft findet der klagewillige Aktionär dann vor, wenn sich das betroffene Unternehmen bereits im Konkurs befindet. Für diesen Fall bestimmt nämlich OR 756, dass die Geltendmachung allfälliger Ansprüche der Aktionäre aus mittelbarem Schaden primär der Konkursverwaltung zusteht. Nur wenn diese darauf verzichtet, können die Aktionäre eine «Abtretung»³² des Anspruches verlangen und ihre Forderung selbständig geltend machen, wobei das Ergebnis nach den Regeln des SchKG zu verwenden ist³³.

Die Regelung von OR 756 II ist nach einhelliger Meinung aus verschiedenen Gründen missglückt³⁴. Zum einen schafft sie zahlreiche Interpretationsprobleme, da der Art. 260 SchKG, auf welchen verwiesen wird, grundsätzlich nicht die Aktionäre, sondern die Gläubiger zum Thema hat und eine Regelung der Konkurrenz zwischen Aktionären und Gläubigern gänzlich fehlt³⁵. Zum anderen geht einer Klage nach diesen Bestimmungen aber auch jede Attraktivität ab. Der Verweis auf SchKG 260 führt nämlich dazu, dass im Falle einer gleichzeitigen Klage von Aktionären und Gläubigern zuerst letztere entsprechend ihrem Rang zu befriedigen sind und lediglich ein allfällig verbleibender Überschuss den klagenden Aktionären zugute kommt³⁶. Die Hoffnungen auf jenen Rest rechtfertigen aber in der Regel die Mühen und Risiken eines Prozesses in keiner Weise, weshalb von dieser Klagemöglichkeit bis heute kaum je Gebrauch gemacht worden ist.

8.3.3. *Die Gläubiger*

Die dritte Gruppe der zur Verantwortlichkeitsklage Aktivlegitimierten sind die Gläubiger der Gesellschaft. Auch sie können durch Pflichtverletzungen der Verwaltung zu Schaden kommen und sollen deshalb die Möglichkeit besitzen, diesen geltend zu machen. Dabei bestimmt auch hier die Natur der Schädigung über Ansprüche und Rechte der Betroffenen.

³² Es handelt sich hier nicht um eine Abtretung i.S. von OR 164 ff., sondern um ein Institut sui generis; vgl. Schiess 201; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 56 FN 147 sowie BGE 93 III 63.

³³ Vgl. OR 756 II; anwendbar sind die Bestimmungen von SchKG 260.

³⁴ Vgl. Meier-Wehrli 104 ff.; Forstmoser, Verwaltungsräte 38 und Schaden 71; von Greyerz, AG 295.

³⁵ Vgl. im einzelnen Forstmoser, Verantwortlichkeit N 56 ff.; Schiess 171 ff.

³⁶ Vgl. Funk, Art. 756 N 2; Bürgi/Nordmann, Art. 756 N 22; Meier-Wehrli 105.

8.3.3.1. *Bei unmittelbarem Schaden*

Bei unmittelbarer Benachteiligung kann der Gläubiger in gleicher Weise reagieren wie der unmittelbar geschädigte Aktionär. Er kann wie dieser selbstständig und direkt gegen die Verantwortlichen vorgehen und versuchen, sich bei ihnen schadlos zu halten³⁷. Insofern kann auf das vorne bereits Erwähnte³⁸ verwiesen werden. Allerdings kommen unmittelbare Schädigungen von Gläubigern in der Praxis recht selten vor, da die Verwaltung diesen gegenüber nur in sehr beschränktem Umfang Pflichten besitzt, deren Verletzung eine Haftung begründen könnte³⁹.

8.3.3.2. *Bei mittelbarem Schaden*

Bei der mittelbaren Schädigung ist wiederum danach zu unterscheiden, ob sich die Gesellschaft im Konkurs befindet oder nicht. Anders als der Aktionär kann aber der Gläubiger seine Forderung nur im Konkursfalle geltend machen. Dies folgt einerseits aus dem Wortlaut von OR 758, ergibt sich andererseits aber auch aus der Tatsache, dass eine mittelbare Schädigung des Gläubigers bei einer zahlungsfähigen Gesellschaft gar nicht entstehen kann. Im Gegensatz zum Aktionär wird nämlich der Gläubiger durch Substanzverluste der Gesellschaft solange nicht berührt, als diese ihre Verpflichtungen noch erfüllen kann. Erst wenn dies nicht mehr der Fall ist, kann man von einer mittelbaren Schädigung der Gläubiger sprechen. Dies bedeutet aber zugleich auch den Konkurs der Gesellschaft⁴⁰.

Will der Gläubiger in dieser Situation Ansprüche geltend machen, so unterliegt er grundsätzlich der gleichen Regelung wie der Aktionär. Allerdings ist er insofern besser gestellt als jener, als ihm, wenn er nach Abtretung der Ansprüche durch die Konkursverwaltung die Forderung selbst geltend macht, eine allfällige Dechargeerteilung in keiner Weise entgegenge-

³⁷ Vgl. Guhl/Merz/Kummer 692; Meier-Wehrli 81; Forstmoser, Verwaltungsräte 38.

³⁸ Vgl. Abschn. 8.3.2.1.

³⁹ So etwa die Pflicht zur Erstellung einer vorschriftsgemässen Bilanz; vgl. dazu BGE 106 II 261; weitere Beispiele bei von Greyerz, AG 28; Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 49; Frick 94 f.; BGE 110 II 395.

⁴⁰ In diesem Sinne unangebracht die Formulierung von OR 755, die dem Gläubiger bei mittelbarem Schaden ausserhalb des Konkurses gleiches Klagerecht einräumen will wie dem Aktionär; der Widerspruch zu OR 758 ist dabei historisch zu erklären; vgl. zum Problem im einzelnen Forstmoser, Verantwortlichkeit N 93 ff.; von Greyerz, AG 294; Meier-Wehrli 90 f.

halten werden kann⁴¹ und er bei Verteilung des Erlöses Vorrang erhält⁴². Eine selbständige Klageerhebung im Konkurs ist deshalb für den Gläubiger idR bedeutend attraktiver als für den gleich geschädigten Aktionär.

8.4. Allgemeine Klagevoraussetzungen

Eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Verwaltung kann nur erhoben werden, wenn bestimmte allgemeine Voraussetzungen erfüllt sind. Es sind dies: Schaden, Pflichtwidrigkeit der Handlung, adäquater Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Schaden sowie Verschulden des Verantwortlichen.

8.4.1. Schaden

Erste notwendige Voraussetzung zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage ist der Eintritt eines Schadens. Unter Schaden ist dabei eine Vermögensverminderung zu verstehen, die im eingetretenen Umfang ohne oder wider den Willen des Geschädigten erfolgt ist⁴³. Rechnerisch entspricht der Schaden der «Differenz ... zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte»⁴⁴.

Im allgemeinen wird bei Haftpflichtproblemen zwischen positivem Schaden (*damnum emergens*) und entgangenem Gewinn (*lucrum cessans*) unterschieden. Bei der Verantwortlichkeitsklage besitzt diese Differenzierung keine weitere Bedeutung, da beide Schadensarten zur Haftung führen⁴⁵; wesentlich ist hier nicht die Natur des Schadens, sondern sein bezifferbares Ausmass. Deshalb kann auch nur ein Vermögensschaden haftungsbegründend wirken; ein immaterieller Schaden führt hingegen höchstens zu Genugtuungsansprüchen⁴⁶. Immerhin ist zu beachten, dass auch Verletzungen immaterieller Rechtsgüter, wie z.B. Kreditschädigungen, im

⁴¹ Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 757 N 2; Frick 116.

⁴² Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 756 N 22; Meier-Wehrli 105; Bättig 26; vgl. auch vorne Abschn. 8.3.2.2.

⁴³ Vgl. Oftinger 54; Guhl/Merz/Kummer 60; von Tuhr/Peter I 83 f.; Schiess 21; Düggin 90.

⁴⁴ Vgl. Oftinger 54; vgl. auch BGE 97 II 176; zur Bestimmung des Schadens im einzelnen vgl. Düggin 91 ff.

⁴⁵ Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 61; Meier-Wehrli 77; Schiess 22; Probst 135.

⁴⁶ Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 153 mit weiteren Verweisen.

Endeffekt zu Vermögenseinbussen führen können⁴⁷. Soweit dies der Fall ist, ist eine aktienrechtliche Haftung selbstverständlich wieder gegeben.

Ist ein Schaden effektiv eingetreten, und will der Geschädigte seine Ansprüche geltend machen, so hat er Existenz und Umfang der Vermögenseinbusse zu beweisen. Der Schadensnachweis ist dabei im allgemeinen ziffernmässig zu erbringen⁴⁸. Ist dies nicht möglich⁴⁹, wird aber die Existenz eines Schadens mit einer gewissen Überzeugungskraft dargelegt, so kann der Richter in Anwendung von OR 42 II den Schaden durch Schätzung ermitteln⁵⁰.

Ist ein Schaden nicht feststellbar, so ist jegliche Verantwortlichkeit ausgeschlossen. Dies gilt selbst dann, wenn Pflichtwidrigkeiten der Verwaltung offenkundig vorliegen⁵¹. Grund für dieses starre Abstützen auf den Schadenseintritt ist die zivilrechtliche Natur der Verantwortlichkeitsklage, die nicht strafen, sondern lediglich materiellen Ausgleich schaffen will.

8.4.2. *Pflichtwidrigkeit*

Die Pflichtwidrigkeit⁵² des Verhaltens der Verwaltung ist die zweite Voraussetzung zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage. Sie ist generell gegeben, wenn die Verwaltung ihre Pflichten gegenüber der Gesellschaft, ihren Aktionären oder Gläubigern verletzt⁵³. In erster Linie relevant ist dabei ein Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht, daneben begründet aber auch jegliche Missachtung einer sonstigen im Gesetz, den Statuten oder den Reglementen festgelegten Pflicht eine Haftung der Verwaltung⁵⁴.

Das Vorliegen einer bestimmten Rechtspflicht und die Verletzung derselben ist allerdings in concreto oft nicht leicht festzustellen, da die Verwal-

⁴⁷ Vgl. Meier-Wehrli 77; Frick 43 f.

⁴⁸ Vgl. Oftinger 175; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 157 f. sowie BGE 79 II 179.

⁴⁹ Dies ist v.a. bei mittelbaren Schädigungen oft der Fall, da die beschränkten Kontroll- und Einsichtsrechte der Aktionäre eine nähere Quantifizierung von Gesellschaftsschäden idR nicht zulassen.

⁵⁰ Vgl. Düggin 91 f.; Bättig 16; zur allgemeinen Anwendung von OR 42 II vgl. Oftinger 176 ff., sowie BGE 98 II 36 f., 97 II 218, 95 II 501, je mit weiteren Verweisen.

⁵¹ Vgl. Meier-Wehrli 78; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 154.

⁵² Mit Forstmoser ist der Begriff «Pflichtwidrigkeit» hier dem sonst gebräuchlichen Ausdruck «Widerrechtlichkeit» vorzuziehen, da letzterer sich nur auf ausservertragliches Handeln bezieht und somit für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit zu eng gefasst ist; vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 250.

⁵³ Vgl. Gehrig 88.

⁵⁴ Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 25 N 19; E. Schucany, Kommentar, Art. 754 N 3; Probst 136; eine umfassende Aufzählung von aktenkundig gewordenen Pflichtverletzungen findet sich bei Forstmoser, Beschränkung 35 f.

tung in erheblichem Umfang delegationsberechtigt ist und auch innerhalb der nicht delegierbaren Aufgaben oft beträchtliche Ermessensspielräume bestehen⁵⁵. Der Geschädigte steht somit hier vor einem ähnlichen Problem wie beim Schadensnachweis: Das Gesetz fordert von ihm Beweise, die er aufgrund anderer gesetzlicher Vorschriften zu erbringen kaum in der Lage ist.

Die Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens ist im übrigen nicht immer unentschuldigbar; sie kann im Einzelfall auch gerechtfertigt sein. Dies gilt vor allem dann, wenn der Geschädigte in seine Vermögensminderung eingewilligt hat. Hier gilt der Grundsatz «volenti non fit iniuria», der dem Betroffenen nachträgliche Ansprüche verwehrt⁵⁶. Auch dies gilt indessen nicht ohne Ausnahme. So führt insbesondere eine Pflichtverletzung in Ausführung eines Generalversammlungsbeschlusses zwar häufig, aber durchaus nicht immer und für jeden Geschädigten zum Ausschluss von weiteren Ansprüchen, wie später noch gezeigt werden wird⁵⁷.

8.4.3. *Kausalzusammenhang*

Der Eintritt eines Schadens und die Existenz einer Pflichtverletzung von seiten der Verwaltung genügen für sich allein noch nicht, um eine Verantwortlichkeitsklage einleiten zu können. Zwischen dem Schaden und der Pflichtverletzung muss vielmehr ein bestimmter Zusammenhang bestehen. Die Anforderungen an diesen Zusammenhang werden gemeinhin mit dem Ausdruck «adaequat kausal» umschrieben. Nach gefestigter Lehre und Praxis gilt ein Ereignis dann als adaequate Ursache eines Erfolges, «wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolges durch jenes Ereignis allgemein als begünstigt erscheint»⁵⁸.

⁵⁵ Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 79; zur Delegationsbefugnis im einzelnen vgl. Hütte, Sorgfaltspflichten 25 ff.; Reymond 112 ff.; Meier-Wehrli 35 ff. sowie hinten Abschn. 8.4.4.

⁵⁶ Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 83; Schiess 56; Hütte, Gründerhaftung 223 f. mit Judikaturhinweisen.

⁵⁷ Vgl. Abschn. 8.7.2.

⁵⁸ Speziell für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit vgl. BGE 93 II 29 mit Verweisen; allg. vgl. BGE 107 II 430, 101 II 73, 98 II 291, 96 II 396 mit Verweisen; desgleichen Guhl/Merz/Kummer 62; Oftinger 72 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 25 N 21; Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 86; Düggin 95; Probst 136; Gehrig 89.

Der Nachweis des adaequaten Kausalzusammenhanges obliegt dem Kläger. Dabei dürfen allerdings im Interesse der Praktikabilität der Klage keine zu hohen Ansprüche gestellt werden⁵⁹. So darf der Richter keinen absoluten Beweis des Kausalzusammenhanges fordern, sondern muss sich mit jener Gewissheit zufrieden geben, «welche ihm die Erfahrung des Lebens verleiht und welche mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge rechnet»⁶⁰. Trotz dieser Erleichterung wird auch hier vom Kläger eine Kenntnis von geschäftsinternen Vorgängen verlangt, die er mit den ihm zustehenden Kontrollrechten vielfach nicht zu erreichen vermag.

Auch ein nachgewiesener adaequater Kausalzusammenhang ist indes nicht unumstösslich. Er kann durch neu auftretende Ursachen unterbrochen und damit als Haftungsvoraussetzung untauglich werden⁶¹. Möglich ist dies insbesondere bei Selbstverschulden des Klägers, ausnahmsweise auch bei grobem Drittverschulden⁶². Gar kein adaequater Kausalzusammenhang liegt schliesslich trotz pflichtwidrigem Verhalten vor, wenn auch eine pflichtgetreue Handlungsweise den Schaden nicht hätte verhindern können⁶³.

8.4.4. Verschulden

Vierte und letzte notwendige Voraussetzung zur Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage ist das Verschulden der ins Recht zu fassenden Verwaltung. Der alte Grundsatz «ohne Schuld keine Ersatzpflicht» gilt somit auch im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Die Schwelle des relevanten Verschuldens ist allerdings sehr tief angesetzt; im Gegensatz zum aOR genügt im geltenden Recht bereits leichte Fahrlässigkeit, um eine

⁵⁹ Vgl. E. Schucany, Kommentar, Art. 754 N 4; Hirsch, responsabilité 263; von Tuhr/Peter I 99.

⁶⁰ BGE 76 II 319, 59 II 451; im gleichen Sinn auch BGE 93 II 29, der von der «allgemeinen Eignung der fraglichen Ursache, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen» spricht.

⁶¹ Voraussetzung ist allerdings, dass die neue Ursache so gewichtig ist, dass sie die ursprünglich vorhandene adaequate Ursache in den Hintergrund drängt; vgl. Oftinger 108 f.

⁶² Vgl. im einzelnen Forstmoser, Verantwortlichkeit N 280 ff.

⁶³ Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 272.

Haftung zu begründen⁶⁴. Diese Haftung kann im übrigen weder statutarisch noch vertraglich vermindert oder gar wegbedungen werden⁶⁵.

In concreto wird das allfällige Verschulden eines Verantwortlichen nach objektiven Kriterien beurteilt. Dieser hat sich so zu verhalten, wie dies ein mit ihm verkehrender Dritter vernünftigerweise erwarten darf⁶⁶. Jedes Abweichen von dieser Linie bedeutet ein Verschulden und führt entsprechend bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zu einer Haftung. Damit wird klar, dass im subjektiven Bereich liegende Ursachen eines Fehlverhaltens keine Entlastung bezüglich Verschulden bewirken können. Unerfahrenheit und Zeitmangel stellen somit keinen Exkulpationsgrund dar; ebensowenig selbstverschuldete Abwesenheit, Stillschweigen und passives Verhalten an Verwaltungsratssitzungen⁶⁷. Selbst Opposition gegen einen die Gesellschaft schädigenden Beschluss führt nicht zwingend zu einer Entlastung des opponierenden Verwaltungsrates. Es wird vielmehr von ihm erwartet, dass er alles ihm Zumutbare unternimmt, um rechtswidrige Beschlüsse zu Fall zu bringen. Nur so kann er sich vor einer allfälligen Verantwortlichkeitsklage schützen.

Kann der Verwaltungsrat somit persönliche Gründe zu seiner Entlastung nicht anführen, so hat er doch die Möglichkeit, seine Verantwortlichkeit auf andere Weise zu begrenzen. Durch Ausnützung der in recht weitem Rahmen zugelassenen Befugnis, Aufgaben zu delegieren⁶⁸, kann er seine Haftung beträchtlich verringern, hat er doch in diesem Falle lediglich noch dafür zu sorgen, dass die von ihm Beauftragten sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht werden⁶⁹. Immerhin sind gerade diese Pflichten

⁶⁴ Vgl. Guhl/Merz/Kummer 690; Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 25 N 18; E. Schucany, Kommentar, Art. 754 N 2; F. von Steiger, AG 274. Grund für diese strenge Regelung war die Erkenntnis, dass die in Art. 674 aOR statuierte Haftung nur für Absicht aus Beweisgründen praktisch nicht anwendbar war; vgl. Botschaft 1928, 60.

⁶⁵ Vgl. Hirsch, responsabilité 255.

⁶⁶ Vgl. Bär, Verantwortlichkeit 463.

⁶⁷ Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 93 ff.; Hirsch, responsabilité 256; Forstmoser, Solidarität 372; ebenso BGE 97 II 411.

⁶⁸ Die Grenzen der Delegationsmöglichkeit sind nicht vollständig klar; immerhin scheint unbestritten, dass die eigentliche Geschäftspolitik, die wesentlichen finanz- und personalpolitischen Entscheide sowie bestimmte existenzielle Einzelfragen ausschliesslich durch den Verwaltungsrat festzulegen bzw. zu entscheiden sind; vgl. dazu ausführlich Vischer, Delegation 351 ff. und Vollmar 91 ff.

⁶⁹ Vgl. von Greyerz, AG 299; Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 24 N 30; Reymond 112; Vollmar 195 mit weiteren Verweisen.

nicht zu unterschätzen. So werden insbesondere an die Überwachungspflicht des Delegierenden hohe Anforderungen gestellt, die im Endeffekt häufig kaum weniger Einsatz und Fachkenntnisse verlangen, als wenn die entsprechenden Aufgaben selbst erledigt würden⁷⁰. Nicht zu verwechseln ist die Delegation schliesslich mit der Möglichkeit der Kompetenzaufteilung innerhalb des Verwaltungsrates. Diese Massnahme bringt im Gegensatz zur ersteren grundsätzlich keine Entlastung von Verantwortung, da alle Verwaltungsräte solidarisch und unabhängig von ihrer internen Funktion haften, solange sie nur ein Verschulden trifft⁷¹.

Umstritten ist das Problem der Beweislast für den Verschuldensnachweis. Ursache der Diskussion ist die Abhängigkeit der Beweislastregelung von der Rechtsnatur der einzelnen Verantwortlichkeitsansprüche. Entsprechend ist zu unterscheiden zwischen den Ansprüchen der Gesellschaft, der Aktionäre und der Gläubiger. Unbestritten ist der erste Fall: Die Gesellschaft steht nach einhelliger Meinung in einem vertraglichen bzw. vertragsähnlichen Verhältnis zu ihrer Verwaltung⁷². Entsprechend ist bei Eintritt eines Schadens gemäss den Grundsätzen von OR 97ff. ein Verschulden der letzteren zu vermuten, und es obliegt den Verantwortlichen, sich nach Möglichkeit zu exkulpieren. Auch beim Verhältnis Verwaltung-Aktionär wird mehrheitlich, wenn auch nicht unbestritten, eine vertragliche Grundlage mit entsprechenden Beweislastfolgen angenommen⁷³. Uneinheitlich ist die Situation bei den Gläubigern: Diese sollen nach der einen Meinung einer Beweislastverteilung nach den Regeln des Vertragsrechts unterliegen, während andere Autoren ihre Ansprüche als deliktischer Natur betrachten und die Beweislast entsprechend ihnen selbst auferlegen⁷⁴. M.E. ist in dieser stark umstrittenen Frage keine einheitliche Lösung denkbar, sondern es ist der differenzierenden Meinung Forstmosers zu folgen, der fordert, dass in

⁷⁰ Ein anschauliches Beispiel dazu findet sich in ZR 82 (1983) Nr. 57, wo es dem einzigen Verwaltungsrat einer Verlags-AG zum Vorwurf gereichte, dass er die verfehlte Finanz- und Auflagenplanung seiner Direktoren nicht überwacht und korrigiert hatte.

⁷¹ Vgl. Meier-Wehrli 34; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 320; Vollmar 193 ff., je mit weiteren Verweisen.

⁷² Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 11; Meier-Wehrli 68 mit weiteren Verweisen; ebenso Obergericht Zürich in ZR 83 (1984) Nr. 78, 188.

⁷³ So durch Guhl/Merz/Kummer 695; Funk, Art. 754 N 1; Frick 25; Düggin 86; im Ergebnis gl.M. auch Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 15, die jedoch von einer Haftung ex lege ausgehen; a.M. demgegenüber Meier-Wehrli 72 ff.

⁷⁴ Für Vertragsregeln: Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 15, 17; Düggin 86; für deliktische Natur: Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 25 N 18; Meier-Wehrli 76 f.

den Fällen, in denen die Gläubiger ihren eigenen Anspruch aus unmittelbarem oder mittelbarem Schaden vertreten, die Beweislast bei ihnen liegen soll, wogegen ein Verschulden dann vermutet werden soll, wenn die Gläubiger lediglich als Prozessführungsbevollmächtigte der Gesellschaft fungieren⁷⁵.

8.5. Schadenersatzbemessung

Im Falle des Erfolges einer Klage nach OR 754 sind die Verantwortlichen grundsätzlich verpflichtet, den gesamten entstandenen Schaden zu ersetzen. Im Einzelfall kann allerdings unter Berufung auf die Vorschriften des Allgemeinen Teils des Obligationenrechtes eventuell eine Herabsetzung der Ersatzpflicht erreicht werden. Dabei kommen folgende Reduktionsgründe in Betracht⁷⁶:

- *leichte Fahrlässigkeit des Verantwortlichen*: Hat der Verantwortliche nur leicht fahrlässig gehandelt, so kann der Richter seine Ersatzpflicht in Anwendung von OR 43 I auf einen Bruchteil des ursprünglichen Betrages reduzieren⁷⁷.
- *Selbstverschulden des Geschädigten*: Selbstverschulden des Geschädigten kann nach OR 44 I zu einer Reduktion oder im Extremfall gar zum Ausschluss der Ersatzpflicht führen⁷⁸. Die Herabsetzung wirkt allerdings nur gegenüber dem diesbezüglich belasteten Geschädigten, nicht hingegen gegenüber einem unbeteiligten Drittkläger⁷⁹.
- *Drittverschulden*: Die Relevanz von Drittverschulden als Herabsetzungsgrund ist umstritten⁸⁰. Auch bei Bejahung der ausnahmsweisen Zulässigkeit dürfte das Drittverschulden in praxi nur ganz selten als Herabsetzungsgrund in Frage kommen.

⁷⁵ Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 144, 338.

⁷⁶ Vgl. dazu auch die ausführliche Darstellung bei Forstmoser, Verantwortlichkeit N 344 ff.

⁷⁷ Vgl. Oftinger 264; von Greyerz, AG 297; Bättig 114 f.; zur konkreten Abgrenzung des «leichten» Verschuldens vgl. ZR 82 (1983) Nr. 57, 155.

⁷⁸ Das Gesetz spricht zwar allgemein von Umständen, für die der Geschädigte einstehen muss; gemeint ist damit jedoch in erster Linie dessen Selbstverschulden; vgl. Oftinger 265 f.

⁷⁹ Vgl. Hirsch, responsabilité 265; Forstmoser, Verwaltungsräte 51.

⁸⁰ Dafür Bär, Verantwortlichkeit 476 f.; von Greyerz, AG 297; dagegen Bürgi/Nordmann, Art. 759 N 12.

- *Notlage des Verantwortlichen:* Würde der Verantwortliche durch die Leistung des Schadenersatzes in eine Notlage geraten und wurde der Schaden weder absichtlich noch grobfahrlässig verursacht, so kann der Richter nach OR 44 II die Ersatzpflicht ermässigen⁸¹.
- *mangelnde Entschädigung des Verantwortlichen:* Erhält das Verwaltungsratsmitglied für seine Tätigkeit keine oder nur eine geringe Entschädigung, so ist eine Reduktion der Haftung nach OR 99 II denkbar. Diese wirkt allerdings nur gegenüber der Gesellschaft sowie allenfalls gegenüber informierten Aktionären⁸². Keine Reduktion bewirkt hingegen der vereinzelt anzutreffende Umstand, dass der Verantwortliche keinen eigenen Vorteil anstrebte⁸³.

8.6. Mehrheit von Ersatzpflichtigen

Die Verwaltung einer Aktiengesellschaft wird im Normalfall durch eine Mehrzahl von Personen besorgt. Da diese i.a. eine mehr oder weniger enge Zusammenarbeit pflegen, werden im Falle von Pflichtwidrigkeiten zumeist auch mehrere Verantwortliche vorhanden sein. Es stellt sich deshalb die Frage, wie sich das gegenseitige Verhältnis der Beteiligten bei einer Klage intern und gegen aussen darstellt.

8.6.1. Die Lage im Aussenverhältnis: Solidarität

OR 759 I legt fest, dass mehrere Personen, die für denselben Schaden verantwortlich sind, solidarisch haften⁸⁴. Dies bedeutet konkret, dass jeder einzelne gesamtschuldnerisch für den ganzen von ihm mitverursachten Schaden einzustehen hat. Der Gläubiger hat gegen jeden Solidarschuldner eine selbständige Einzelforderung⁸⁵, die es ihm erlaubt, nach freier Wahl von einem das Ganze zu fordern oder die Schuld auf mehrere oder alle zu

⁸¹ Vgl. Frick 55; Bättig 116 f.; W. Schmid 244.

⁸² Im einzelnen vgl. Hirsch, responsabilité 265 f.; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 358.

⁸³ Vgl. BGE 99 II 182.

⁸⁴ Durch die ausdrückliche Statuierung der Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsprozess werden gemäss OR 143 II die allgemeinen Bestimmungen zur Solidarschuld auch auf diesen Fall anwendbar, vgl. dazu auch Bürgi/Nordmann, Art. 759 N 1; Forstmoser, Verwaltungsräte 52.

⁸⁵ Vgl. von Tuhr/Escher II 297; Bättig 118.

verteilen⁸⁶. Andererseits darf er nicht mehr fordern als ihm zusteht; hat ein Solidarschuldner die Forderung getilgt, so werden auch die übrigen frei⁸⁷.

Umstritten ist die Frage, ob jeder Solidarschuldner für den ganzen Schaden belangbar sein soll oder nur für den Teil, den er adaequat kausal verursacht hat. Während die Befürworter der ersten Auffassung v.a. die Stellung des Geschädigten verbessern wollen⁸⁸, berücksichtigen die Anhänger der zweiten, heute wohl herrschenden Meinung vermehrt die Lage des Verantwortlichen⁸⁹. In der Tat ist nicht ganz einzusehen, weshalb z.B. Verwaltungsräte nicht nur für ihre eigenen Fehler haften sollen, sondern auch noch für Nachlässigkeiten einstehen müssen, die nicht von ihnen begangen wurden und auf die sie auch bei pflichtgemässer Amtsführung keinen Einfluss gehabt hätten. Eine solche Schärfe der Haftung lässt sich m.E. auch mit dem Schutzbedürfnis der Geschädigten nicht rechtfertigen. Deshalb ist eine Beschränkung der Solidarhaftung auf den jeweils adaequat verursachten Schaden angebracht und die undifferenzierte «Vollhaftung» entsprechend abzulehnen.

Noch bedeutend uneinheitlicher als bei oberwähntem Thema ist Lehre und Judikatur bei einem weiteren Problem der Solidarität. Es stellt sich nämlich die Frage, ob sich ein solidarisch haftender Schädiger im Aussenverhältnis ebenso schadenersatzmindernd auf leichtes Verschulden soll berufen können wie ein Alleinverantwortlicher, oder ob ihm dies im Interesse der Geschädigten verwehrt sein soll. Bei der Lösung dieses Problems werden drei verschiedene Meinungen vertreten, die bildlich als «harte», «weiche» und «vermittelnde» Ansicht bezeichnet werden können⁹⁰. Die «harte» Linie wird v.a. vom Bundesgericht sowie von der älteren Lehre vertreten⁹¹. Danach untersagt die Solidarität jegliche Berufung auf leichtes Verschulden im Aussenverhältnis, weshalb jeder Beteiligte ohne Rücksicht auf seine Schuld für den ganzen Schaden belangt werden kann. Motivation dieser Ansicht ist v.a. das Bestreben, den Geschädigten zu schützen,

⁸⁶ Vgl. OR 144 I.

⁸⁷ Vgl. OR 147 I; vgl. zum Ganzen auch Oftinger 344 ff.

⁸⁸ So v.a. Oftinger 337; gl. M. Zellweger 62; Bättig 119.

⁸⁹ Vgl. Bär, Verantwortlichkeit 464 f.; Forstmoser, Solidarität 371 und Verantwortlichkeit N 381, je mit Verweisen; Reichwein, Kausalzusammenhang 350; W. Schmid 244 f. Schwanckend demgegenüber das BGer, vgl. BGE 86 II 182; 93 II 29 f. und 97 II 415.

⁹⁰ Vgl. Druey, Organ 83.

⁹¹ Vgl. BGE 97 II 415, 93 II 322, 333, 89 II 122 mit weiteren Verweisen; ebenso Funk, Art. 759 N 1; E. Schucany, Kommentar, Art. 759; F. v. Steiger, AG 277; Frick 29; Düggin 102 f.; Zellweger 68 ff.

während der solidarisch Haftpflichtige auf den internen Regress verwiesen wird⁹². Genau umgekehrt argumentieren die Vertreter der «weichen» Linie. Nach dieser, eine Differenzierung der Schadenersatzpflicht verlangenden Meinung wird die Gefahr für den Geschädigten, durch eine Anwendung von OR 43 I zu kurz zu kommen, durch den Umstand kompensiert, dass er sich an mehrere Verantwortliche halten kann⁹³. Vermittelnd gibt sich schliesslich die dritte Theorie⁹⁴. Sie hält dafür, dass sich die Haftung aller Schädiger nach dem Verschulden des am meisten Belasteten richten soll. Gemäss ihren Befürwortern garantiert einzig diese Lösung, dass der Geschädigte durch die Tatsache, dass mehrere Verantwortliche vorhanden sind, weder besser noch schlechter gestellt wird als wenn nur eine Person haften würde⁹⁵. Für den nur mit leichtem Verschulden Belasteten führt dieser Ansatz in praxi allerdings zum gleichen Ergebnis wie die «harte» Haltung. Eine Reduktion des Schadenersatzes in Anwendung von OR 43 I wird für ihn zumeist nicht in Frage kommen, da idR stets mindestens ein Mitverantwortlicher vorhanden sein wird, dessen Verschulden gross genug ist, um jegliche Herabsetzung für die übrigen Solidarschuldner illusorisch zu machen. Die vermittelnde Theorie leidet somit unter demselben Gerechtigkeitsdefizit wie die bundesgerichtliche Praxis und ist entsprechend wie diese abzulehnen. Zu unterstützen ist demgegenüber die «weiche» Ansicht, die als einzige die Haftung auf einen vernünftigen Rahmen begrenzt und entsprechend auch laufend neue Befürworter findet⁹⁶. Trotz allem wird allerdings in der Praxis nach wie vor die «harte» Haltung als Richtlinie zu gelten haben, da das BGer bis heute keine Signale zu einer Praxisänderung von sich gegeben hat.

8.6.2. *Die Lage im Innenverhältnis: Rückgriff*

Die durch die Solidarität im Aussenverhältnis geschaffene Lastenverteilung kann aus ersichtlichen Gründen nicht eine endgültige sein⁹⁷. Entsprechend

⁹² Zur Argumentation im einzelnen vgl. auch Bürgi/Nordmann, Art. 759 N 13.

⁹³ Vgl. Oftinger 345; diese Ansicht wird vertreten u.a. durch Forstmoser, Solidarität 370; Bürgi/Nordmann, Art. 759 N 15; Meier-Wehrli 45 ff.; Hirsch, responsabilité 267; Bär, Verantwortlichkeit 470 f.; Schiess 53 f.

⁹⁴ Entwickelt von Reichwein, Solidarhaftung 130 f.; gl.M. von Greyerz, AG 298 f.

⁹⁵ Vgl. von Greyerz, AG 298.

⁹⁶ So u.a. auch den Bundesrat, der im Zuge der Aktienrechtsreform deutlich zu diesem Thema Stellung genommen hat; vgl. Botschaft 1983, 194; ebenso das Obergericht des Kantons Thurgau; vgl. SJZ 78 (1982) 380 f.

⁹⁷ Dies insbesondere, solange das BGer an seiner kritisierten Praxis festhält.

ist sie intern durch eine «gerechte», d.h. verschuldensabhängige Neuverteilung der Anteile an der Ersatzpflicht zu ersetzen. Diese Aufgabe obliegt nach OR 759 II dem Richter. Er hat die definitive Schadensverteilung nach freiem Ermessen aufgrund der Höhe des Verschuldens der einzelnen Verantwortlichen vorzunehmen⁹⁸. Der von den Geschädigten belangte Solidarschuldner kann ein Regressrecht für jenen Teil seiner Leistung geltend machen, der seinen internen Anteil an der Schuld übersteigt⁹⁹. Zu beachten ist dabei, dass im Innenverhältnis auch die subjektive Vorwerfbarkeit berücksichtigt werden kann¹⁰⁰. Der Richter darf somit bei der Beurteilung der Grösse eines allfälligen Regresses auch auf diejenigen Einwände eingehen, die er im Rahmen des objektivierten Verschuldensmassstabes nicht beachten konnte¹⁰¹, was unter Umständen zu gewissen Korrekturen der Verschuldenshöhe führen wird.

Vom Grundsatz der verschuldensabhängigen Aufteilung des Schadens unter den Verantwortlichen gibt es nun aber zwei Ausnahmen. Zum einen verliert der belangte Haftpflichtige sein Rückgriffsrecht, wenn er seinen Gläubigern gegenüber nicht diejenigen Einreden geltend macht, die allen Schuldnern gemeinsam zustehen¹⁰². Zum andern spielt das System der verschuldensabhängigen Lastenverteilung dann nicht mehr, wenn einer oder mehrere der Solidarschuldner zahlungsunfähig sind. In diesem Falle ist der Schaden von den übrigbleibenden zahlungsfähigen Verantwortlichen «gleichmässig» d.h. im Verhältnis ihrer eigenen Quoten, zu tragen¹⁰³. Damit trifft aber die Hauptlast der Verantwortlichkeitsansprüche im Endeffekt unter Umständen nicht die Hauptschuldigen, sondern die wohlhabendsten unter den Verantwortlichen, was aus rechtlicher Sicht nicht zu befriedigen vermag. Trotzdem muss die Regelung wohl gutgeheissen werden, da ein Verzicht auf die gleichmässige Tragung des Ausfalls nur noch grössere Ungerechtigkeiten zur Folge hätte.

⁹⁸ Vgl. Bürge/Nordmann, Art. 759 N 19; Funk, Art. 759 N 2; E. Schucany, Kommentar, Art. 759; Fehr 150; Bättig 121.

⁹⁹ Vgl. OR 148 II.

¹⁰⁰ Vgl. Meier-Wehrli 43; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 402; Bättig 121.

¹⁰¹ Vgl. vorne Abschn. 8.4.4.

¹⁰² Vgl. OR 145 II; vgl. auch von Tuhr/Escher II 315.

¹⁰³ Vgl. OR 148 III; vgl. auch Bürge/Nordmann, Art. 759 N 20; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 403.

8.7. **Untergang der Ansprüche aus Verantwortlichkeit**

Nicht immer bedeutet das Vorhandensein der allgemeinen Klagevoraussetzungen, dass eine Verantwortlichkeitsklage auch effektiv eingeleitet werden kann. Unter bestimmten Umständen gehen die Ersatzansprüche unter, oder es wird zumindest ein Klagerecht ausgeschlossen. Wann dies der Fall ist, soll im folgenden erläutert werden.

8.7.1. *Entlastung*

Die Entlastung oder Dechargeerteilung ist eine durch die Generalversammlung abgegebene Erklärung, die besagt, dass die verantwortlichen Personen für ihre Geschäftsführung während einer bestimmten Geschäftsperiode nicht belangt werden sollen¹⁰⁴. Sie ist somit eine negative Schuldanererkennung der Gesellschaft gegenüber der Verwaltung¹⁰⁵. Die Entlastung erfolgt normalerweise generell, erfasst also sämtliche Verwaltungs- und Geschäftsführungshandlungen der Berichtsperiode; sie kann aber auch speziell im Hinblick auf einzelne Geschäfte ausgesprochen werden¹⁰⁶. In der Regel bedeutet die Erteilung der Decharge, dass die Generalversammlung mit der Verwaltung einigermaßen zufrieden ist oder zumindest keine Anhaltspunkte für Verantwortlichkeitsansprüche ausgemacht hat. Ein Fehlen von Forderungen ist aber nicht Bedingung für die Entlastung; eine solche ist auch bei erwiesenen Pflichtverletzungen möglich, falls die Generalversammlung die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage nicht für opportun hält¹⁰⁷. Die korrekte Verwaltung hat im übrigen einen Anspruch auf Entlastung; wird die Decharge ungerechtfertigt verweigert, so kann sie gerichtlich geltend gemacht werden¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Vgl. Funk, Art. 698 N 8; E. Schucany, Kommentar, Art. 698 N 7; Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 18 N 16; Meier-Wehrli 114; von Greyerz, AG 184; vgl. auch BGE 67 II 174, 65 II 12, 51 II 70 mit Verweisen.

¹⁰⁵ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 698 N 78; F. v. Steiger, AG 267; Guhl/Merz/Kummer 269; Meier-Wehrli 116 mit weiteren Verweisen.

¹⁰⁶ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 698 N 72; Meier-Wehrli 121.

¹⁰⁷ Dies kann aus den verschiedensten Gründen geschehen, z.B. wegen erwiesener Zahlungsunfähigkeit des Betroffenen, aus Furcht vor Kreditschädigung oder als Anerkennung für ansonsten geleistete Dienste; vgl. Funk, Art. 698 N 8; Bürgi, Kommentar, Art. 698 N 80.

¹⁰⁸ Vgl. E. Schucany, Kommentar, Art. 698 N 7; Bürgi, Kommentar, Art. 698 N 86; Meier-Wehrli 129 mit weiteren Verweisen.

Soll die Dechargeerteilung nicht zur Farce werden, so muss die entscheidende Generalversammlung über die Tätigkeit der Verwaltung in der Berichtsperiode gebührend informiert werden. Dies geschieht in erster Linie durch die Vorlage und Erläuterung von Bilanz, Erfolgsrechnung und Geschäftsbericht. Daneben steht der Generalversammlung als weiteres Informationsmittel der Revisorenbericht zur Verfügung. Schliesslich verfügt der einzelne Aktionär über ein Fragerecht¹⁰⁹, dessen Wert allerdings durch die Möglichkeit, Informationen unter Berufung auf das Geschäftsgeheimnis zurückzuhalten, relativiert wird. Gesamthaft gesehen ist die Verwaltung jedoch verpflichtet, die Generalversammlung klar und umfassend über die Geschäfte der Berichtsperiode zu informieren¹¹⁰, jegliche Täuschung und Irreführung zu unterlassen und insbesondere alle Umstände bekanntzugeben, die allenfalls Verantwortlichkeitsansprüche begründen könnten¹¹¹, so dass sich die Aktionäre ein reelles Bild über die effektiven Verhältnisse in der Gesellschaft machen können.

Dieses Bild ist denn auch massgebend für den Wirkungsumfang der Entlastung. Als durch eine Decharge erfasst gelten nämlich nur diejenigen Handlungen der Verwaltung, welche der Generalversammlung als Organ bekannt oder für sie zumindest erkennbar waren¹¹². Bezüglich des letzteren werden allerdings keine allzu hohen Anforderungen an die Aktionäre gestellt. Als erkennbar gilt, was auffällt, wenn die vorgelegten Daten mit der Sorgfalt eines «ordentlichen Hausvaters bei der Kontrollierung seiner Kapitalanlagen»¹¹³ beurteilt werden. Dabei hat sich die Generalversammlung auf die offiziellen Informationen abzustützen: allfälliges weitergehendes Privatwissen ist ihr nur dann zuzurechnen, wenn die fragliche Information sämtlichen Aktionären bekannt ist¹¹⁴. Die Verwaltung hat es somit weitgehend selbst in der Hand, durch umfassende Aufklärung der GV den Bereich des von einer Entlastung nicht Erfassten zu minimieren.

Ist die Entlastung erst einmal erfolgt, so bewirkt dies eine beträchtliche Verringerung der Angriffsmöglichkeiten auf die Verwaltung: Sowohl die

¹⁰⁹ Zu den Informationsmöglichkeiten der Aktionäre vgl. auch F. v. Steiger, AG 267; R. Piccononi 58 f.; Meier-Wehrli 122.

¹¹⁰ Vgl. BGE 95 II 329 mit weiteren Verweisen.

¹¹¹ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 698 N 106; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 441.

¹¹² Vgl. Funk, Art. 757 N 2; Bürgi, Kommentar, Art. 698 N 99; Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 18 N 18; Fehr 157 sowie BGE 95 II 329 f., 78 II 156, 65 II 10.

¹¹³ BGE 65 II 14; vgl. auch E. Schucany, Kommentar, Art. 698 N 7; Bürgi, Kommentar, Art. 698 N 102; Meier-Wehrli 127.

¹¹⁴ Vgl. Meier-Wehrli 128; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 449 f. mit Verweisen.

Gesellschaft selbst als auch die der Entlastung zustimmenden mittelbar geschädigten Aktionäre sind nun von der Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Rahmen des durch den Beschluss Erfassten ausgeschlossen¹¹⁵. Demgegenüber werden die nicht zustimmenden Aktionäre durch die Erteilung der Decharge nur insoweit berührt, als sie ihre Klage innert sechs Monaten nach der Beschlussfassung erheben müssen¹¹⁶. Gänzlich unberührt von einer Entlastung bleiben schliesslich alle Aktionärsforderungen aus unmittelbarem Schaden sowie alle Ansprüche der Gläubiger¹¹⁷.

Bezüglich des Verfahrens gelten für die Entlastung die üblichen Grundsätze. Massgebend für die Erteilung der Decharge ist somit die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen¹¹⁸. Vom Stimmrecht ausgeschlossen sind sämtliche Personen, die an der Geschäftsführung in irgendeiner Weise teilgenommen haben¹¹⁹. Der Ausschluss betrifft allerdings nur die Abstimmung selbst, nicht hingegen die Teilnahme an der Versammlung. Nehmen einer oder mehrere der Ausgeschlossenen an der Abstimmung teil, so führt dies nach OR 691 III zur Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses, sofern dieser durch die unerlaubte Beteiligung beeinflusst wurde¹²⁰. Im übrigen gelten für die Dechargeerteilung die gleichen Anfechtbarkeits- und Nichtigkeitsgründe wie für jeden anderen Generalversammlungsbeschluss. Insbesondere ist auch eine Anfechtung aufgrund von Willensmängeln nach OR 23ff. möglich¹²¹. Praktisch wird ein solches Vorgehen allerdings eher selten ins Auge gefasst werden, da, was Irrtum und Täuschung betrifft, die nicht erkennbaren Tatsachen ohnehin nicht unter den Entlastungsbeschluss fallen und somit auch direkt eine Verantwortlichkeitsklage ergriffen werden kann¹²². Die Erzwingung einer Entlastung mittels Drohung dürfte schliesslich ohnehin nur in den seltensten Fällen durchführbar sein, womit der entsprechenden Anfechtungsmöglichkeit wohl eher theoretischer Charakter zukommt.

¹¹⁵ Vgl. OR 757; dem zustimmenden Aktionär gleichgestellt wird derjenige, der nachträglich Aktien «in Kenntnis der Schlussnahme» erworben hat; vgl. auch vorne Abschn. 8.3.2.2.

¹¹⁶ Vgl. OR 757; es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist; vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 472.

¹¹⁷ Vgl. E. Schucany, Kommentar, Art. 698 N 7; F. v. Steiger, AG 276; Bürgi, Kommentar, Art. 698 N 74 f.; Meier-Wehrli 114.

¹¹⁸ Vgl. OR 703.

¹¹⁹ Vgl. OR 695; zur Abgrenzung im einzelnen Forstmoser, Verantwortlichkeit N 416 ff.

¹²⁰ Vgl. Funk, Art. 695 N 2; Bürgi, Kommentar, Art. 695 N 13.

¹²¹ Relevant sind v.a. Irrtum und Täuschung, selten auch Drohung; vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 698 N 112 mit Verweisen.

¹²² Vgl. im einzelnen Meier-Wehrli 133 ff.

8.7.2. *Ausführung von Generalversammlungsbeschlüssen*

Trotz der in der Schweiz herrschenden grundsätzlichen Trennung zwischen den Aufgaben der Verwaltung und denjenigen der Generalversammlung kommt es vor, dass die Verwaltung in bestimmten Angelegenheiten nicht aus eigenem Antrieb, sondern in Ausführung eines spezifischen Auftrages der Generalversammlung handelt. Entstehen dabei Schädigungen, aus denen Verantwortlichkeitsansprüche abgeleitet werden können, so stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Mitwirkung der GV berücksichtigt werden muss. Dabei ist wie folgt zu differenzieren.

Die Gesellschaft selbst kann bei Schädigungen, die der Verwaltungsrat in Ausführung von GV-Beschlüssen bewirkt hat, keinerlei Ersatzansprüche geltend machen, solange die entsprechenden Weisungen rechtmässig und im Rahmen der Kompetenzen der Generalversammlung erteilt wurden¹²³. Diese aus dem Grundsatz «volenti non fit iniuria» folgende Regel gilt ebenso bei zwar anfechtbaren, aber nicht angefochtenen Beschlüssen¹²⁴. In beiden Fällen würde es nämlich gegen Treu und Glauben verstossen, wenn die Verwaltung für die getreue Ausführung von gültigen Beschlüssen der Gesellschaft nachträglich von derselben zur Verantwortung gezogen werden könnte. Anders stellt sich die Lage hingegen bei nichtigen Beschlüssen dar: Da solche Entscheidungen keinerlei Rechtswirkungen ausüben, sind sie auch von der Verwaltung nicht zu beachten. Werden sie trotzdem befolgt, so haften die Verantwortlichen der Gesellschaft für den dadurch eingetretenen Schaden nach OR 754¹²⁵.

Differenziert präsentiert sich die Situation bei den Aktionären. Stimmt ein Aktionär in Kenntnis des Sachverhaltes einem widerrechtlichen GV-Beschluss zu, so verbietet ihm schon Treu und Glauben, die Verwaltung für die Ausführung desselben verantwortlich machen zu wollen¹²⁶. Trägt ein Aktionär hingegen den fraglichen Entscheid nicht mit, so kann er den Beschluss nach OR 706 I anfechten. Unterlässt er dies allerdings oder verpasst er die Frist zur Klageerhebung, so fallen auch allfällige Verantwortlich-

¹²³ Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 84 f.; von Greyerz, AG 296; Schiess 56; Hütte, Sorgfaltspflichten 29 mit Judikaturhinweisen.

¹²⁴ Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 546; Meier-Wehrli 140; Schiess 61.

¹²⁵ Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 97; Schiess 59; kritisch dazu Forstmoser, Verantwortlichkeit N 547, der zumindest ein die Ersatzpflicht herabminderndes Selbstverschulden der Gesellschaft anerkannt haben möchte.

¹²⁶ Vgl. von Greyerz, AG 296; Plangg 55 f.; Meier-Wehrli 141.

keitsansprüche dahin, da der GV-Beschluss durch die unterlassene Anfechtung in volle Gültigkeit erwachsen ist und eine Ausführung desselben der Verwaltung entsprechend nicht mehr vorgeworfen werden kann¹²⁷.

Keinerlei Wirkung hat der Einwand der Ausführung von Generalversammlungsbeschlüssen schliesslich auf die Klagerechte der Gläubiger. Da diese nicht an der Entschlussfassung der Generalversammlung beteiligt waren, kann sich die Verwaltung ihnen gegenüber auch nicht auf die Weisungen derselben berufen. Eine Klage der Gläubiger ist deshalb hier bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen ohne weiteres zuzulassen¹²⁸.

8.7.3. *Verjährung*

Die Verjährung der Verantwortlichkeitsansprüche ist in OR 760 geregelt. Die Bestimmung legt drei einheitliche Fristen für sämtliche Verantwortlichkeitsklagen unabhängig von der Person des Klagenden und der Art des Schadens fest¹²⁹. Im einzelnen gilt folgendes:

Die ordentliche Verjährungsfrist beträgt nach OR 760 I fünf Jahre. Sie beginnt zu laufen mit dem Tage, an welchem der Geschädigte Kenntnis von Schaden und Ersatzpflichtigem erhält. «Kenntnis» im Sinne dieses Artikels liegt dabei nach ständiger Rechtsprechung des BGer dann vor, wenn der Geschädigte «die Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale, d.h. alle tatsächlichen Umstände kennt, die geeignet sind, eine Klage zu veranlassen und zu begründen»¹³⁰.

Neben der fünfjährigen relativen Frist postuliert OR 760 I eine absolute Frist von 10 Jahren, innert welcher die Verantwortlichkeitsansprüche auf jeden Fall und unabhängig von der Kenntnis des Geschädigten verjähren.

¹²⁷ Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 623; Meier-Wehrli 141; problematisch ist deshalb die hinten noch näher zu beschreibende Praxis des BGer, Anfechtungsklagen nicht zuzulassen, wenn ihr Sachverhalt auch Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage sein könnte; vgl. hinten Abschn. 8.8.

¹²⁸ Vgl. Fehr 149; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 553; Meier-Wehrli 142 mit weiteren Verweisen.

¹²⁹ Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 760 N 6; zu den Vorteilen der einheitlichen Regelung vgl. Meier-Wehrli 143.

¹³⁰ BGE 96 II 41; vgl. auch BGE 100 II 341 f., 93 II 502 f., 92 II 4 mit weiteren Verweisen; die erwähnte Judikatur bezieht sich zwar durchwegs auf OR 60 I, sie kann jedoch aufgrund der Anlehnung von OR 760 I an OR 60 I ohne weiteres übernommen werden; vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 760 N 2.

Sie beginnt mit dem Tage der schädigenden Handlung. Werden, was oft vorkommt, mehrere Schädigungen aufgrund desselben Willensentschlusses begangen, so beginnt die Frist mit der letzten schädigenden Handlung zu laufen¹³¹.

OR 760 II legt schliesslich fest, dass die zivilrechtliche Verjährung sich nach der strafrechtlichen Frist bemisst, wenn die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet wird, für welche das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt. Hinter dieser Vorschrift steht die Überlegung, dass es wenig sinnvoll wäre, einem Geschädigten zivilrechtliche Ansprüche zu versagen, wenn und solange eine strafrechtliche Verfolgung noch möglich ist¹³². Die Verlängerung bezieht sich im übrigen sowohl auf die relative als auch auf die absolute Verjährungsfrist¹³³.

8.7.4. *Vergleich und Urteil*

Bei Aufdeckung von Pflichtwidrigkeiten der Verwaltung haben sowohl die geschädigte Gesellschaft als auch die Verantwortlichen häufig alles Interesse daran, eine möglichst diskrete und rasche Regelung der Angelegenheit zu erreichen. Deshalb geht der Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage oft der Versuch eines Vergleiches zwischen den Parteien voraus¹³⁴. Erst nach Scheitern eines solchen wird sich die Gesellschaft im allgemeinen ernsthaft überlegen, ob sie den mühsamen und langwierigen Weg eines Prozesses beschreiten soll. Aber selbst in diesen Fällen wird auf beiden Seiten schon um des guten Rufs willen regelmässig eine gewisse Kompromissbereitschaft vorhanden sein. Diese kann durchaus dazu führen, dass sich die Gesellschaft unter ihrem Wert geschlagen gibt. Entsprechend stellt sich die Frage, welche Wirkung Vergleich und Urteil auf allfällige weitergehende Ansprüche von Gesellschaft, Aktionären und Gläubigern ausüben.

Was die Gesellschaft betrifft, so liegt die Antwort auf der Hand: Sie hat sich mit dem Erreichten zufrieden zu geben und kann grundsätzlich keine

¹³¹ Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 760 N 18; Meier-Wehrli 145.

¹³² Vgl. Guhl/Merz/Kummer 178; Fehr 160; Bättig 31 f.; vgl. auch BGE 91 II 432 f. mit Verweisen.

¹³³ Vgl. Funk, Art. 760 N 2; vgl. auch BGE 107 II 155, 106 II 215 mit weiteren Verweisen.

¹³⁴ So geschehen nun auch in einem der neuesten der wenigen publik gewordenen Verantwortlichkeitsfälle, in der Angelegenheit Trans-K-B; vgl. NZZ Nr. 55 und 56 vom 7. bzw. 8./9.3.1986.

weiteren Forderungen stellen; ihre Ansprüche sind durch Urteil und Vergleich erledigt¹³⁵.

Differenzierter stellt sich die Situation bei den Ansprüchen der Aktionäre dar. Während unbestritten ist, dass Forderungen aus unmittelbarer Schädigung durch Urteil und Vergleich nicht berührt werden, herrscht Uneinigkeit über die Frage, ob dies auch bei mittelbarem Schaden zutrifft. Die Entscheidung der Streitfrage hängt davon ab, ob das Klagerecht des Aktionärs nach OR 755 als materielles Forderungsrecht oder bloss als Aktivlegitimation zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens betrachtet wird¹³⁶. Geht man mit der heute wohl herrschenden Lehre von ersterem aus, so folgt, dass ein die Gesellschaft betreffendes Urteil keinen Einfluss auf die Ansprüche der mittelbar geschädigten Aktionäre ausübt, weshalb diese ihre Klagen nach wie vor geltend machen können¹³⁷. Was den Vergleich betrifft, so wird er diesbezüglich zumeist dem Urteil gleichgesetzt¹³⁸. Dies hat zur Folge, dass die dem Vergleich nicht zustimmenden Aktionäre – immer unter Annahme eines selbständigen Forderungsrechtes – durch diesen hinsichtlich ihrer Klagen nicht gebunden sind und somit auch hier Ansprüche aus mittelbarer Schädigung unverändert anbringen können¹³⁹.

Bei der Wirkung von Urteil und Vergleich auf die Gläubiger ist schliesslich zu beachten, dass diese einen mittelbaren Schaden erst im Konkurs der Gesellschaft geltend machen können¹⁴⁰. Im übrigen gilt das zu den Aktionären Ausgeführte analog. Auch die Gläubiger werden somit durch Urteil und Vergleich nur bedingt berührt und können entsprechend in vielen Fällen ihre Ansprüche ohne Beeinträchtigung weiterverfolgen.

¹³⁵ Vgl. Meier-Wehrli 148; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 483.

¹³⁶ Vgl. vorne Abschn. 8.3.2.2.

¹³⁷ Dies gilt zumindest für ein abweisendes Urteil; wird der Anspruch der Gesellschaft demgegenüber gutgeheissen, so werden die Aktionärsklagen aus mittelbarer Schädigung gegenstandslos; vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 45; E. Schucany, Kommentar, Art. 755; Funk, Art. 756 N 1; Meier-Wehrli 89.

¹³⁸ So z.B. bei Bürgi/Nordmann, Art. 755 N 21; ebenso Forstmoser, Verantwortlichkeit N 492; zur Begründung vgl. Bürgi/Nordmann an zit. Stelle.

¹³⁹ Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 492.

¹⁴⁰ Vgl. vorne Abschn. 8.3.3.2.

8.8. Verhältnis der Verantwortlichkeitsklage zu anderen Haftungs- normen

Ein sich unkorrekt verhaltender Verwaltungsrat verletzt vielfach nicht nur seine aktienrechtlichen Pflichten, sondern auch noch weitere zivilrechtliche Normen. In solchen Fällen stellt sich die Frage, ob und inwieweit Ansprüche auch auf anderer Grundlage als auf OR 754 geltend gemacht werden können. Dazu ist folgendes auszuführen:

- Die alternative Anwendbarkeit von OR 41ff. bei Pflichtverletzungen ist umstritten. Das Problem erlangt allerdings kaum Bedeutung, da die aktienrechtlichen Bestimmungen für die Kläger ohnehin günstiger sind¹⁴¹. Immerhin kann eine Klage auf OR 41ff. abgestützt werden, wenn der Verwaltungsrat zwar keine Pflichtwidrigkeit begangen, jedoch durch Verletzung eines sonstigen Rechtsgebotes Schaden gestiftet hat¹⁴².
- Eine Berufung auf vertragliche Haftung ist wohl denkbar, dürfte aber in praxi eher selten vorkommen. Voraussetzung für ein diesbezügliches Vorgehen gegen den Verwaltungsrat ist jedenfalls das Bestehen einer über das gewöhnliche Organverhältnis hinausgehenden vertraglichen Bindung wie etwa Arbeitsvertrag oder Auftrag für Spezialaufgaben. Klageberechtigt ist hier allerdings nur der Vertragspartner, also die Gesellschaft selbst¹⁴³.
- Das Verhältnis zwischen Anfechtungsklage nach OR 706 und Verantwortlichkeitsklage nach OR 752ff. ist umstritten. Das BGer erklärt die Anfechtungsklage für unzulässig, wenn sie sich auf einen Sachverhalt stützt, der auch als Grundlage für eine Verantwortlichkeitsklage dienen könnte¹⁴⁴. Demgegenüber fordert ein Teil der Lehre gleichzeitige Zulassung beider Klagen¹⁴⁵.

¹⁴¹ Insbesondere was Verjährungsfrist und Gerichtsstand betrifft; vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 32; Zellweger 25.

¹⁴² Vgl. Fehr 150; Meier-Wehrli 57 mit Judikaturverweisen.

¹⁴³ Vgl. im einzelnen Forstmoser, Verantwortlichkeit N 585 ff.

¹⁴⁴ Vgl. BGE 100 II 389, 92 II 246, 81 II 465.

¹⁴⁵ So Jolidon 215 ff.; Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 31; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 622 mit weiteren Verweisen.

- Eine kumulative Anwendbarkeit wird auch, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen, für OR 718 III gefordert. Ein unmittelbar geschädigter Aktionär oder Gläubiger soll demnach nach seiner Wahl die Gesellschaft selbst und/oder die verantwortliche Verwaltung für den ihm zugefügten Schaden belangen können¹⁴⁶.
- Die Auflösungsklage nach OR 736 Ziff. 4 schliesslich ist subsidiär zu OR 754ff. Sie wird nur dann zugelassen, wenn die Mängel, auf die sie sich beruft, nicht anders behoben werden können. Genügt zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes hingegen bereits eine Verantwortlichkeitsklage, so ist die Auflösungsklage unzulässig¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 611 ff. mit weiteren Verweisen.

¹⁴⁷ Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 38; vgl. auch BGE 84 II 47, 67 II 165 f.

§ 9 Stellung und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im Entwurf zur Revision des Aktienrechtes

9.1. Vorbemerkung

Der seit Jahren vorbereitete und zur Zeit in der parlamentarischen Debatte stehende Entwurf des Bundesrates für eine Revision des Aktienrechtes sieht unter anderem auch Veränderungen und Präzisierungen im Bereich der Stellung und der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates vor. Obwohl das Schicksal der einzelnen Bestimmungen des Entwurfes noch weitgehend ungewiss ist, rechtfertigt es sich doch, auf die Grundzüge des Projektes, soweit sie den Verwaltungsrat betreffen, kurz einzugehen.

9.2. Stellung des Verwaltungsrates

Vorerst ist festzuhalten, dass der Revisionsentwurf nichts Grundsätzliches am geltenden Verwaltungsratssystem ändert. Insbesondere ein Übergang zum Aufsichtsratssystem findet trotz gegenläufiger Tendenz im Ausland nicht statt. Trotzdem sind einige nicht unbedeutende Modifikationen zu vermerken. So werden einmal die Hauptaufgaben des Verwaltungsrates, bisher verstreut und unvollständig aufgelistet, neu in einem einzigen Artikel aufgezählt und im gleichen Zug als unübertragbar deklariert¹. Daneben wird die Beschlussfassung innerhalb des Gremiums explizit geregelt und die Erstellung einer Geschäftsordnung zwingend vorgeschrieben². Schliesslich wird der Verwaltungsrat verpflichtet, im Falle einer Delegation der Geschäftsführung an einzelne Mitglieder oder an Dritte ein spezielles Organisationsreglement zu erlassen, in welchem die Aufgaben und Befugnisse der Geschäftsleitung umschrieben sind³. Wie bis anhin untersteht

¹ Vgl. Art. 716a Entwurf; zu den Aufgaben im einzelnen vgl. Botschaft 1983, 97 f.

² Vgl. Art. 713 f. Entwurf.

³ Vgl. Art. 716b Entwurf; zu den Vor- und Nachteilen eines solchen Reglementes ausführlich Reymond, SAG 114 f.

der Verwaltungsrat im übrigen für all seine Handlungen und Unterlassungen der aktienrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht. Im Gegensatz zum geltenden Recht wird letztere im Entwurf nun allerdings explizit erwähnt⁴. Nach wie vor nicht ausdrücklich statuiert wird demgegenüber die Geheimhaltungspflicht.

Doch nicht nur der Pflichtenkatalog des Verwaltungsrates wird im Entwurf erweitert und neu gefasst, auch seine Rechte werden ausgedehnt. So kann er neu vom Präsidenten die «unverzügliche» Einberufung einer Sitzung verlangen⁵. Daneben verfügt er über ein im Verhältnis zum geltenden Recht beträchtlich erweitertes Auskunftsrecht, welches sich auf alle Gesellschaftsangelegenheiten schlechthin bezieht und weder beschränkt noch entzogen werden kann⁶. Schliesslich besitzt er auch ein verstärktes Einsichtsrecht in Bücher und Akten, welches nun lediglich noch von der Zustimmung des Präsidenten abhängt und erst subsidiär dem Gesamtverwaltungsrat zur Gutheissung zu unterbreiten ist⁷. All dies soll dafür sorgen, dass parallel zur Erhöhung der Anforderungen an den Verwaltungsrat auch die Mittel, mit denen er seine Pflichten erfüllt, griffiger werden⁸. Wie weit die erwähnten Änderungen allerdings auch Auswirkungen auf die Praxis zeitigen werden, wird die Zukunft zeigen müssen.

9.3. Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates

Der Revisionsentwurf sieht nun nicht nur Änderungen in der Stellung des Verwaltungsrates vor, sondern modifiziert auch die Verantwortlichkeitsbestimmungen von OR 752ff. Die Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation wird dabei im Verhältnis zur heutigen Rechtslage einerseits ausgeweitet, anderseits aber auch begrenzt.

Eine gewisse Ausweitung findet statt, indem neu auch die Haftung des faktischen Organs bereits im Gesetzestext verankert wird⁹, während sie bis

⁴ Vgl. Art. 717 Entwurf.

⁵ Vgl. Art. 715 I Entwurf.

⁶ Vgl. Art. 715 II/III Entwurf; vgl. auch Botschaft 1983, 176.

⁷ Vgl. Art. 715 IV/V Entwurf.

⁸ Vgl. Botschaft 1983, 98.

⁹ Vgl. Art. 754 I Entwurf; die Ausweitung wird dadurch erreicht, dass neu von den «mit der Geschäftsführung befassten» (statt betrauten) Personen die Rede ist; vgl. dazu auch W. Schmid 247.

anhin lediglich in der Praxis anerkannt war¹⁰. Eine deutliche Haftungsabgrenzung wird demgegenüber erreicht durch die Festschreibung der haftungsbeschränkenden Wirkung der berechtigten Kompetenzdelegation¹¹ sowie durch die Anerkennung der von der Lehre seit langem geforderten Möglichkeit, sich auch in Fällen der Solidarhaftung bereits im Aussenverhältnis auf leichtes Verschulden berufen zu können¹².

Beträchtlich modifiziert wird schliesslich auch die gesetzliche Grundlage zur Geltendmachung des mittelbaren Schadens. Anstelle der bisherigen OR 755ff. treten drei neue Bestimmungen, welche einem Grossteil der heute bestehenden Probleme Rechnung zu tragen versuchen. Zum einen sieht der Entwurf nämlich eine Relativierung des in diesem Bereiche geradezu prohibitiv wirkenden Prozesskostenrisikos vor¹³, indem er den Richter ermächtigt, die Kosten eines Prozesses nach freiem Ermessen und unabhängig von dessen Ausgang zu verteilen, sofern ein begründeter Anlass zur Klage bestand¹⁴. Zum andern wird aber auch die einhellig als missglückt betrachtete Regelung von OR 756 II¹⁵ durch eine bedeutend praxisnähere Bestimmung ersetzt, die weder der Konstruktion der Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche noch der Verweisung auf das SchKG für die Verwertung des Ergebnisses bedarf¹⁶. Schliesslich wird auch die Bestimmung betreffend Wirkung des Entlastungsbeschlusses im Vergleich zum geltenden OR 757 sprachlich klarer gefasst und präzisiert¹⁷. Keine Änderungen sieht der Revisionsentwurf demgegenüber bezüglich Verjährungsfristen und Gerichtsstand vor¹⁸.

¹⁰ Vgl. vorne Abschn. 8.2.

¹¹ Vgl. Art. 754 II Entwurf.

¹² Vgl. Art. 759 II/III Entwurf. Von einzelnen Autoren wird allerdings auch dies noch als ungenügend betrachtet und eine völlige Befreiung von der Haftung aus leichtem Verschulden gefordert; vgl. Bär, Ordnung 59, 67.

¹³ Da der die Prozesskosten bestimmende Streitwert bei mittelbarem Schaden idR ausserordentlich hoch ist, steht das zu erwartende Ergebnis meist in keinem Verhältnis zu den unter Umständen anfallenden Kosten, was wesentlich zur relativ seltenen Ausnutzung der entsprechenden Klagemöglichkeiten beigetragen hat; zu den übrigen Gründen vgl. vorne Abschn. 8.3.2.2.

¹⁴ Vgl. Art. 756 II Entwurf.

¹⁵ Vgl. vorne Abschn. 8.3.2.2.

¹⁶ Vgl. Art. 757 Entwurf.

¹⁷ Vgl. Art. 758 Entwurf.

¹⁸ Vgl. OR 760 f.

9.4. Die Sonderprüfung

Neben den soeben dargestellten Änderungen betreffend Stellung und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates sieht der Entwurf auch eine wesentliche Verstärkung der Kontrollmöglichkeiten über die Verwaltung vor. Im Zentrum dieser Vorschläge steht die Einführung einer sog. «Sonderprüfung». Mit diesem Institut soll dem Aktionär die Möglichkeit gegeben werden, bei Verdacht auf Unregelmässigkeiten seitens der Verwaltung den tatsächlichen Sachverhalt genau abklären zu lassen, um so eine taugliche Entscheidungsgrundlage für die Beurteilung der Erfolgchancen einer Verantwortlichkeitsklage zu erhalten¹⁹.

Ohne auf die Einzelheiten der umfassend²⁰ normierten Regelung eingehen zu wollen, sind doch folgende Schwerpunkte festzuhalten: Jeder Aktionär soll gemäss dem Entwurf unter bestimmten Voraussetzungen bei der Generalversammlung die Durchführung einer Sonderprüfung verlangen können²¹. Wird sein Begehren abgelehnt, so kann er, sofern er mindestens 10 % des Aktienkapitals auf seine Seite bringt, direkt beim Richter die Einsetzung eines Sonderprüfers verlangen. Der Richter muss dem Gesuch stattgeben, sofern glaubhaft gemacht werden kann, dass eine schädigende Gesetzes- oder Statutenverletzung von seiten der Organe vorliegt²². Ist dies der Fall, so wird ein unabhängiger und mit allen Kompetenzen ausgestatteter Sachverständiger mit der Durchführung der Prüfung beauftragt²³. Aus seiner Untersuchung resultiert ein Bericht, welcher dem Richter, der Gesellschaft und letztlich dem Gesuchsteller vorgelegt wird²⁴. Aufgrund der Resultate dieses Berichtes wird schliesslich entschieden werden, ob Verantwortlichkeitsansprüche geltend gemacht werden sollen oder nicht.

Bereits die Grundzüge der geplanten Regelung machen deutlich, dass den Aktionären mit der Sonderprüfung ein Instrument in die Hand gegeben wird, welches eine ungleich wirksamere Kontrolle der Verwaltung als zum heutigen Zeitpunkt erlauben würde. Wie griffig dieses Instrument in

¹⁹ Vgl. Botschaft 1983, 90 f.

²⁰ Das Projekt sieht nicht weniger als sieben Artikel (Art. 697a–g) zur Behandlung dieser Materie vor.

²¹ Vgl. Art. 697a Entwurf.

²² Vgl. Art. 697b Entwurf.

²³ Vgl. Art. 697c/d Entwurf.

²⁴ Vgl. Art. 697e/f Entwurf.

praxi allerdings sein wird, hängt entscheidend von der durch Lehre und Judikatur vorzunehmenden Auslegung der einzelnen Bestimmungen ab. So oder so wird sich aber der Verwaltungsrat, sollte der Vorschlag je Rechtskraft erlangen, vermehrt um seine Pflichten und die Folgen einer Verletzung derselben kümmern müssen. Dass dies bei aller Wünschbarkeit einer verstärkten Kontrolle der Verwaltung auch gewisse Probleme aufwirft, wird sogleich noch zur Sprache kommen.

9.5. Würdigung der Vorschläge

Betrachtet man die vorgesehenen Änderungen zum Thema Verwaltungsrat gesamthaft, so ist ein Grossteil der Vorschläge sicher zu begrüßen. Die Expertenkommission und mit ihr der Bundesrat haben die Hauptprobleme des geltenden Rechtes zweifellos erkannt und versucht, vernünftige Verbesserungen anzubringen. Dies gilt insbesondere für die Neuerungen betreffend Stellung und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, die deutlich den Willen zeigen, die heute noch bestehende Kluft zwischen Theorie und Praxis zu verringern²⁵.

Bedeutend mehr Bedenken ruft demgegenüber die beabsichtigte Einführung der Sonderprüfung hervor. Dies vor allem aus zwei Gründen: Zum einen enthält die geplante Regelung eine Vielzahl von auslegungsbedürftigen Formulierungen²⁶, was zur Folge hat, dass bei einer Inkraftsetzung der Vorschläge eine mehrjährige Periode allgemeiner Rechtsunsicherheit zu erwarten ist, bis die Gerichte zu einer einheitlichen Praxis gefunden haben; zum andern besteht m.E. ganz grundsätzlich die Gefahr, dass, sollte die sich bildende Praxis sehr aktionärsfreundlich ausfallen²⁷, die Sonderprüfung zu einer Art «Damoklesschwert» über den Köpfen der Verwaltung

²⁵ Aufzuwerfen wäre allenfalls die Frage, ob die geplante Verkomplizierung der Strukturen (Geschäftsordnung, Organisationsreglement) die in der Schweiz so zahlreich vertretenen Kleingesellschaften nicht überfordert.

²⁶ So z.B. die Termini «glaubhaft machen» in Art. 697b, «erhebliche Tatsachen» in Art. 697d sowie «Geschäftsgeheimnisse» oder «schutzwürdige Interessen der Gesellschaft» in Art. 697e des Entwurfes.

²⁷ Was durchaus anzunehmen ist, da eine restriktive Anwendung der Sonderprüfung, z.B. durch hohe Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Pflichtverletzung, den vom Gesetzgeber bezweckten Sinn dieses Institutes weitgehend illusorisch machen würde.

würde, welches die gerade in schweren Zeiten notwendige unternehmerische Risikobereitschaft beträchtlich zu hemmen vermöchte. Bei so geringen Anforderungen, wie der Entwurf sie vorsieht, wird sich in fast jeder Aktiengesellschaft bei praktisch jedem Entscheid ohne weiteres eine Gruppe von Minderheitsaktionären finden, die, alle möglichen Pflichtverletzungen witternd, nach einer Sonderprüfung ruft. Selbst wenn ein Grossteil dieser Forderungen durch den Richter aufgrund offensichtlicher Haltlosigkeit vorzeitig abgeblockt werden könnte, so würden doch in jedem Fall unnötige Umtriebe, Kosten und nicht zuletzt ein nicht unbedeutender Imageverlust für die betroffene Gesellschaft entstehen. Solche Folgen lassen sich aber auch mit dem Hinweis auf eine notwendige Verstärkung der Aktionärsrechte nicht rechtfertigen. Das Konzept der Sonderprüfung sollte deshalb noch einmal gründlich überdacht werden, bevor das Risiko eingegangen wird, durch einen übertriebenen Minderheitenschutz die Funktionsfähigkeit der Aktiengesellschaft zu gefährden.

4. Kapitel:

Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft

§ 10 Die abhängige Konzerngesellschaft

10.1. Vorbemerkung

Wenn bisher in dieser Arbeit von einer abhängigen Konzerngesellschaft die Rede war, so besagte dies jeweils lediglich, dass die angesprochene Aktiengesellschaft im Konzern eine hierarchisch untergeordnete Funktion innehatte und dass ihre Geschäftspolitik entsprechend von der Konzernleitung beeinflusst werden konnte. Noch nicht erörtert wurde hingegen die Frage, was eine abhängige Gesellschaft eigentlich ist und welchen juristischen und faktischen Grenzen sie unterliegt. Dies soll nun nachgeholt werden.

10.2. Begriff

Die Festlegung des Begriffs der abhängigen Konzerngesellschaft setzt die Kenntnis zweier Definitionen voraus: derjenigen des Konzerns und derjenigen der Abhängigkeit. Da erstere schon behandelt wurde¹, soll im folgenden der Frage nachgegangen werden, was unter Abhängigkeit zu verstehen ist.

Die Suche nach einem allgemeingültigen Abhängigkeitsbegriff beschäftigte in den letzten Jahrzehnten eine ganze Reihe von Autoren. Der Erfolg ihrer Bemühungen ist dabei ebenso unterschiedlich ausgefallen wie der Wortlaut der vorgeschlagenen Definitionen. Dies erstaunt allerdings kaum, wenn man bedenkt, dass das Gesetz in dieser Beziehung keinerlei Hilfe-

¹ Vgl. vorne Abschn. 1.1.

stellung bietet. Immerhin haben sich im Verlaufe der Jahre einige Vorschläge durchgesetzt. So betrachtet eine v.a. in der älteren Literatur stark verbreitete Meinung eine Gesellschaft dann als abhängig, wenn ihr Wille in allen wesentlichen Funktionen von einer herrschenden Person unmittelbar oder mittelbar bestimmt werden kann². Der Ausgangspunkt zu dieser Ansicht liegt auf der Hand: Es ist das allgemeine, im täglichen Gebrauch verwendete Verständnis der Abhängigkeit als Mangel an Freiheit zur Willensbildung³, welches einfach von der natürlichen auf die juristische Person übertragen wird⁴. Trotz dieses durchaus einleuchtenden Ansatzes ist obige Definition in ihrer Formulierung nicht ganz unproblematisch, weshalb sie heute nur noch selten verwendet wird⁵. An ihre Stelle ist in der neueren Literatur ein anderer, eindeutiger formulierter Ansatz getreten. Im Anschluss an § 17 AktG gilt heute eine Gesellschaft nach wohl herrschender Meinung dann als abhängig, wenn eine andere Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf sie ausüben kann⁶.

Diese Umschreibung ist allerdings noch zu präzisieren. So ist eine Abhängigkeit nur anzunehmen, wenn die Beherrschungsmöglichkeit geplant und von Dauer ist⁷. Die Ausgestaltung der Beeinflussungsmöglichkeit spielt hingegen keine Rolle; wichtig ist lediglich der Erfolg⁸. Dieser lässt sich allerdings nur unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalles schlüssig beurteilen. Das Phänomen der abhängigen Gesellschaft basiert damit nicht auf rechtlichen, sondern ausschliesslich auf tatsächlichen Kriterien⁹.

Soll nun unter Verwendung dieser Erkenntnisse der Begriff der abhängigen Konzerngesellschaft festgelegt werden, so ist noch auf folgendes hinzuweisen: Während für den Abhängigkeitsbegriff an und für sich die blosser Möglichkeit der Ausübung eines beherrschenden Einflusses genügt, kann

² Dieser Ansicht sind u.a. Frankenberg 31; Joss 111; Nägeli 342; W. von Steiger 290a und wohl auch F.P. Oesch 87; im gleichen Sinn auch BGE 72 II 285.

³ Vgl. etwa Caflisch 61.

⁴ Deutlich sichtbar wird diese Überlegung z.B. bei Joss, der die Abhängigkeit der physischen und der juristischen Person in einem Atemzug erwähnt; vgl. Joss 111.

⁵ So etwa durch Gehrig 51; die Problematik liegt v.a. in der Abstützung auf den «Willen» der Gesellschaft, da in der Willensbildung jede AG von jemandem «abhängig» ist, nämlich von der Gesamtheit ihrer Aktionäre; vgl. dazu im einzelnen Frey 102.

⁶ Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 44 N 26; Woernle 13 f.; Plüss 14; Frey 103; Ruedin, SAG 100; Albers 12.

⁷ Vgl. W. von Steiger 291a; Woernle 14; R. Oesch 110; a.M. Caflisch 70 f.

⁸ Vgl. R. Oesch 108.

⁹ Vgl. Woernle 14; Gehrig 51; Caflisch 64 f. mit weiteren Verweisen.

dies für die Definition der abhängigen Konzerngesellschaft nicht ausreichend sein. Ein Konzern muss nämlich begriffsnotwendig unter einheitlicher Leitung stehen¹⁰. Diese kann aber nur durch die tatsächliche Ausübung des beherrschenden Einflusses gewährleistet werden¹¹. Entsprechend wird eine abhängige Gesellschaft stets nicht bloss potentiell, sondern effektiv beherrscht werden müssen, um überhaupt als Bestandteil eines Konzerns betrachtet werden zu können. Somit ergibt sich unter Berücksichtigung des vorliegend verwendeten eingegengten Konzernbegriffes¹² folgende Definition:

Eine abhängige Konzerngesellschaft ist eine rechtlich selbständige Aktiengesellschaft, auf welche eine andere Aktiengesellschaft unmittelbar oder mittelbar einen geplanten und dauerhaften beherrschenden Einfluss ausübt.

10.3. Formen der Abhängigkeit

Der soeben erwähnte «beherrschende Einfluss», der im Konzern von der Obergesellschaft auf die abhängige Konzerngesellschaft ausgeübt wird, kann verschiedene Ursachen haben. Er kann vertraglich begründet, statutarisch festgelegt oder einfach Folge der Besitzverhältnisse am Aktienkapital sein¹³. Denkbar und in der Praxis sogar häufig vorkommend sind auch Kombinationen dieser Beherrschungs- bzw. Abhängigkeitsformen. Andererseits kann zumindest theoretisch auch mit jedem der genannten Mittel für sich allein die Abhängigkeit einer Gesellschaft erreicht werden¹⁴. Trotzdem spielen die drei Möglichkeiten eine ganz unterschiedliche Rolle in der schweizerischen Konzernpraxis, wie nachfolgend zu zeigen ist.

10.3.1. Stimmenmässige Abhängigkeit

Die in der Praxis weitaus verbreitetste Methode, um eine Gesellschaft in Abhängigkeit¹⁵ zu bringen, ist der Erwerb der Mehrheit ihrer Aktienstim-

¹⁰ Vgl. vorne Abschn. 1.2.3.

¹¹ Vgl. Lutter 154; Gehrig 62.

¹² Vgl. vorne Abschn. 1.1.3.

¹³ Vereinzelt kommen auch noch weitere Ursachen in Frage; vgl. dazu hinten Abschn. 10.3.4.

¹⁴ Vgl. Frankenberg 33; Maurer 74.

¹⁵ Der Begriff der Abhängigkeit ist hier im vorne definierten Sinn zu verstehen und nicht zu verwechseln mit der natürlichen Abhängigkeit jeder AG vom Willen der Gesamtheit ihrer Aktionäre.

men. Wer über diese verfügen kann, beherrscht die Generalversammlung und somit die ganze Aktiengesellschaft¹⁶. Da die Anzahl der Aktienstimmen sich grundsätzlich nach der Kapitalbeteiligung richtet, bedarf es im Normalfall zur Unterwerfung einer AG der Kontrolle über mehr als fünfzig Prozent ihres Aktienkapitals. Häufig reicht aber auch bereits eine geringere Beteiligung aus, um eine sichere Herrschaft über die Gesellschaft zu erlangen. Dies ist etwa der Fall bei der Existenz von Stimmrechtsaktien, bei Abschluss von Stimmbindungsverträgen mit anderen Aktionären oder bei Bestehen von Legitimationszessionen¹⁷. In all diesen Fällen kann eine absolute Stimmenübermacht auch ohne den entsprechenden Kapitalaufwand erzielt werden.

Vielfach bedarf es allerdings nicht einmal der Mehrheit aller Aktienstimmen, um eine Gesellschaft zu beherrschen, da die Generalversammlung bekanntlich die meisten ihrer Beschlüsse mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen fasst¹⁸. Weil nun aber regelmässig eine ganze Anzahl von Aktionären der Generalversammlung fernbleibt und auch die vertretenen Stimmen oft stark in sich zersplittert sind, genügt im Endeffekt oft bereits eine stärkere Minderheitsbeteiligung, um eine Gesellschaft nach Belieben zu dominieren¹⁹. Immerhin ist aber darauf hinzuweisen, dass eine wirklich sichere Beherrschung einer AG ohne entsprechende Kapitalbeteiligung nur durch die Kontrolle vorhandener Stimmrechtsaktien gewährleistet ist. Demgegenüber ist schon die Zuverlässigkeit von Stimmbindungsverträgen und Legitimationszessionen als bedeutend geringer einzustufen, da sie den Verpflichteten lediglich eine obligatorische Bindung auferlegen, ohne sie aber zum gewünschten Verhalten zwingen zu können²⁰. Vom Sicherheitsstandpunkt her gesehen noch fragwürdiger ist entsprechend das Abstellen auf die Passivität und Zersplitterung der Kleinaktionäre. Hier verlässt sich der herrschende Aktionär auf Zufälligkeiten, die weitgehend

¹⁶ Vgl. OR 698 und 703; von zentraler Wichtigkeit ist v.a. die Möglichkeit, über die Beherrschung der Generalversammlung die Zusammensetzung des Verwaltungsrates und damit die Geschäftspolitik zu bestimmen.

¹⁷ Vgl. W. von Steiger 292a; Frey 112; Einzelheiten bei R. Oesch 121 ff.

¹⁸ OR 703; dass für einige wichtige Geschäfte qualifizierte Anforderungen bestehen, ändert nichts an diesem Grundsatz.

¹⁹ Wie gross die Beteiligung konkret sein muss, lässt sich allerdings nicht allgemeingültig festlegen, sondern hängt ganz vom Einzelfall ab; vgl. W. von Steiger 292a FN 176; Caflisch 115; Haunreiter 113.

²⁰ Vgl. R. Oesch 123.

seinem Einfluss entzogen sind, weshalb seine Macht stets latent gefährdet ist. Zur Begründung von konzernmässigen Abhängigkeiten eignen sich solche Verhältnisse deshalb nicht.

Trotz dieser Einschränkungen wird der Erwerb einer massgebenden Beteiligung an einer Gesellschaft allgemein als einfachstes und wichtigstes Mittel zur Erreichung einer beherrschenden Stellung betrachtet²¹. Zudem ist die stimmenmässige Kontrolle einer Gesellschaft meist notwendige Voraussetzung, um allfällige weitere Beherrschungsmechanismen zu schaffen. So ist die Begründung einer vertraglichen oder statutarischen Abhängigkeit, obwohl theoretisch selbständig möglich, in praxi ohne Kontrolle der Stimmenmehrheit zumindest in der Schweiz nur schwer vorstellbar, da für eine unabhängige Gesellschaft jeder Anreiz fehlt, sich freiwillig und ohne Kapitalbeteiligung in Abhängigkeit zu begeben²². Entsprechend erstaunt es wenig, dass in unserem Land der allergrösste Teil der Konzerne zumindest hintergründig auf einer stimmenmässigen Abhängigkeit basiert.

10.3.2. Statutarische Abhängigkeit

Von einer statutarischen oder organisatorischen Abhängigkeit einer Gesellschaft spricht man, wenn diese einem Dritten in ihrer Satzung Rechte einräumt, die ihm eine massgebliche Einflussnahme auf ihre lebenswichtigen Funktionen ermöglichen. Wie vorne schon angedeutet wurde, spielt diese Abhängigkeitsform in der schweizerischen Praxis keine eigenständige Rolle. Sie ist vielmehr als Ergänzung, Legitimierung und Festigung einer bestehenden stimmenmässigen Abhängigkeit zu betrachten²³. Immerhin kann es gute Gründe dafür geben, ein Abhängigkeitsverhältnis in den Statuten der beherrschten Gesellschaft verankern zu wollen, wird dadurch doch der Einfluss der Obergesellschaft auf eine gesellschaftsrechtliche Grundlage gestellt und somit quasi institutionalisiert²⁴. Andererseits sind der Möglichkeit, eine Gesellschaft statutarisch an eine andere zu ketten, relativ enge Grenzen gesetzt²⁵. Zudem bedeutet die Aufnahme entsprechender Bestimmungen in die Statuten das Ende jeder Geheimhaltung der effektiven

²¹ Vgl. etwa Caflisch 111; Plüss 16; Frey 111.

²² Ist eine Anlehnung an einen stärkeren Partner aus marktpolitischen Gründen notwendig, so geschieht dies regelmässig durch Übernahme eines Aktienpaketes durch letzteren.

²³ Vgl. Tappolet 105 f.; Plüss 14 f.; Frey 113; Gehrig 59.

²⁴ Vgl. Caflisch 124; R. Oesch 124; Frey 121.

²⁵ Vgl. hinten Abschn. 10.4.2.

Machtverhältnisse. Im Endeffekt sind deshalb die Vorteile, die eine Konzernleitung aus der statutarischen Abhängigkeit einer Konzerngesellschaft ziehen kann, ziemlich bescheiden. Dies mag mit dazu beigetragen haben, dass die Abhängigkeit aufgrund von Statutenbestimmungen in schweizerischen Konzernverhältnissen stets eine Randerscheinung geblieben ist.

10.3.3. Vertragliche Abhängigkeit

Eine vertragliche Abhängigkeit tritt bei einer Gesellschaft dann ein, wenn sie sich in ihren zentralen Funktionen obligatorisch an den Willen eines Dritten bindet. Ähnlich wie bei der statutarischen Abhängigkeit wird eine solche Bindung nur selten freiwillig erfolgen, sondern in aller Regel blosser Ausfluss einer bereits vorhandenen Stimmenmajorität sein²⁶.

Zufolge der im schweizerischen Obligationenrecht bestehenden Vertragsfreiheit können solche Vereinbarungen grundsätzlich die verschiedensten Formen annehmen²⁷. Trotzdem ist im Endeffekt der legale Spielraum zur vertraglichen Einflussnahme auf eine Gesellschaft kaum grösser als bei der statutarischen Abhängigkeit²⁸. Entsprechend kommt auch diese Beherrschungsform in der schweizerischen Konzernpraxis über eine marginale Bedeutung nicht hinaus.

10.3.4. Sonstige Abhängigkeiten

Neben den soeben erwähnten treten in der Praxis vereinzelt weitere Abhängigkeitsformen auf. So kann etwa der Abschluss eines langfristigen Liefervertrages, die Vergabe einer Lizenz oder die Gewährung eines grossen Kredites durchaus zu einer starken Abhängigkeit der begünstigten von der begünstigenden Gesellschaft führen²⁹. Der gleiche Effekt kann auch mit per-

²⁶ Vgl. Plüss 15; Gehrig 59; Teitler-Feinberg 54 mit weiteren Verweisen.

²⁷ Vgl. Kronstein 46; Maurer 46; R. Oesch 128 f.

²⁸ Zur Begründung vgl. hinten Abschn. 10.4.3.

²⁹ Vgl. F.P. Oesch 166 f.

sonellen Verknüpfungen, also z.B. der «Einschleusung» von Direktoren oder Verwaltungsräten in eine Gesellschaft, an der keine Stimmenmehrheit gehalten wird, erreicht werden³⁰.

All diesen Beherrschungsformen ist allerdings eine gewisse Instabilität eigen, da hier die herrschende Gesellschaft mangels Stimmenmajorität keine vollständige Kontrolle über den Lauf der Dinge hat³¹. Zumindest theoretisch kann sich die abhängige Gesellschaft jederzeit vom beherrschenden Einfluss befreien, indem sie die Verträge kündigt, die Darlehen zurückzahlt oder die Verwaltungsräte abwählt. Aus diesem Grund reichen diese Beherrschungsmittel für sich allein in der Regel nicht aus, um eine selbständige Gesellschaft in einen Konzern zu integrieren. Vielmehr muss, soll wirklich eine Abhängigkeit im hier definierten Sinne erreicht werden, dem Verhältnis die noch fehlende Dauerhaftigkeit durch eine kapitalmässige, statutarische oder allenfalls vertragliche Grundlage vermittelt werden.

10.4. Grenzen der Abhängigkeit

Bei der Schaffung des Aktienrechtes ist der Gesetzgeber von einem bestimmten Leitbild der Aktiengesellschaft ausgegangen. Ein wesentliches Merkmal dieses Leitbildes war dabei die Selbständigkeit der Gesellschaft bzw. der hinter ihr stehenden Aktionäre³². Die abhängige Gesellschaft erfüllt nun ohne Zweifel gerade diese Anforderungen nicht. Trotzdem wird sie unbestrittenermassen grundsätzlich toleriert. Die gesetzliche Toleranz hat aber auch ihre Grenzen. Wo diese im einzelnen liegen, hängt wiederum von der Form der jeweiligen Abhängigkeit ab.

10.4.1. Bei der stimmenmässigen Abhängigkeit

Bei der stimmenmässigen Abhängigkeit sind die Grenzen des Zulässigen sehr weit gezogen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Tatbestand der

³⁰ Vgl. Caflisch 109 FN 196; Teitler-Feinberg 52 f.; Gehrig 60 f. mit weiteren Verweisen; die Entsendung solcher Personen in ohnehin schon beherrschte Gesellschaften fällt demgegenüber unter den Begriff der stimmenmässigen Abhängigkeit.

³¹ Vgl. R. Oesch 132.

³² Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 2 N 7 f.

Abhängigkeit an und für sich und den Rechten, die daraus abgeleitet werden können.

Rein quantitativ gesehen ist eine stimmenmässige Abhängigkeit grundsätzlich unbegrenzt zulässig³³. Eine Gesellschaft kann nicht daran gehindert werden, bis zu 100 % des Aktienkapitals einer anderen AG zu erwerben und diese damit vollständig zu beherrschen. Schon das Gesetz selbst lässt nämlich die sog. «Einmanngesellschaft» indirekt zu, indem es ein Absinken der Aktionärszahl unter das gesetzliche Minimum von drei nicht zwangsläufig mit der Auflösung der Gesellschaft ahndet³⁴. Entsprechend gilt die Zulassung der Einmanngesellschaft denn auch sowohl gemäss herrschender Lehre als auch nach konstanter Bundesgerichtspraxis als «nicht zu beanstanden»³⁵. Um so mehr muss demgemäss auch die Verfügung über eine blosse Mehrheit der Aktienstimmen zulässig sein. Die stimmenmässige Beherrschung stellt sich damit nicht nur als die wichtigste, sondern zugleich auch als die am wenigsten beschränkte Form der Dominierung einer Konzerngesellschaft dar.

Aus dieser Erkenntnis heraus darf nun allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass eine kapitalmässig mehrheitlich oder vollständig beherrschte Gesellschaft der uneingeschränkten Willkür des Beherrschers anheimfalle. Auch die stimmenmässige Abhängigkeit ist nämlich wenn schon nicht quantitativ, so doch qualitativ begrenzt. Die Grenze wird dabei durch die zwingenden Bestimmungen des Aktienrechtes gebildet³⁶. So dürfen insbesondere die aktienrechtliche Organisation und ihre Formalitäten auch bei völliger Abhängigkeit nicht angetastet werden³⁷. Auch bei einer hundertprozentig beherrschten Konzerngesellschaft muss deshalb die jährliche Generalversammlung abgehalten, eine Verwaltung gewählt und die Abgrenzung der Kompetenzen der einzelnen Organe beachtet werden³⁸, mag

³³ Vgl. W. von Steiger 304a; Gehrig 56.

³⁴ Vgl. OR 625 II, wo in solchen Fällen lediglich eine fakultative Auflösung durch den Richter auf Begehren eines Aktionärs oder Gläubigers vorgesehen ist, «sofern die Gesellschaft nicht binnen angemessener Frist den gesetzmässigen Zustand wieder herstellt»; vgl. dazu auch Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 46 N 18.

³⁵ Von Greyerz, AG 53; vgl. auch A. Siegwart, Kommentar, Art. 625 N 19 f.; Funk, Art. 625 N 1; E. Schucany, Kommentar, Art. 625 N 4; Meier-Hayoz/Forstmoser, GesR § 12 N 19; Forstmoser, Aktienrecht § 1 N 94 sowie BGE 85 II 114 f., 81 II 459, 64 II 364.

³⁶ Vgl. dazu auch Caflisch 79; Frey 71 ff.

³⁷ Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 46 N 26.

³⁸ Zur Kompetenzabgrenzung im einzelnen vgl. von Planta 11 ff.

dies in praxi z.T. auch absurd erscheinen. Für die Obergesellschaft bedeutet dies eine nicht unwesentliche Beschränkung ihrer Möglichkeiten, muss sie sich doch an die verschiedenen Formalitäten halten und stets darauf bedacht sein, bei der Leitung der Konzerngesellschaft eine Anfechtbarkeit oder gar Nichtigkeit ihrer Massnahmen zu vermeiden³⁹. Dass ihr dadurch allerdings eine zweckwidrige Ausbeutung der abhängigen Gesellschaft keineswegs verunmöglicht wird, ist vorne bereits dargelegt worden⁴⁰.

10.4.2. Bei der statutarischen Abhängigkeit

Hat sich schon die stimmenmässig von einer anderen juristischen Person beherrschte Gesellschaft weit vom Idealbild der AG entfernt, so gilt dies noch in vermehrtem Masse für die durch Statutenvorschrift abhängige Aktiengesellschaft. Hier wird nicht nur der Entscheidungsprozess in der betroffenen Gesellschaft beeinflusst, sondern ihre ganze Struktur wird auf den Dienst am herrschenden Dritten ausgerichtet. Entsprechend stellt sich hier noch verstärkt die Frage nach der Zulässigkeit einer so weitgehenden Aufgabe der gesellschaftseigenen Unabhängigkeit.

Die Antwort darauf ist grundsätzlich positiv. Schon das Gesetz selbst gibt verschiedene Hinweise auf die Möglichkeit statutarischer Begründung bestimmter Drittrechte: so in Art. 628, wo festgelegt wird, dass bei der Gründung ausbedungene Vorteile Dritter in den Statuten aufzuführen sind⁴¹ oder in Art. 660, wo der Anspruch jedes Aktionärs auf einen Anteil am Reingewinn statuiert wird, «soweit dieser nach dem Gesetz und den Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist»⁴². Entsprechend sind auch Lehre und Rechtsprechung mehrheitlich der Ansicht, dass die Begründung einer statutarischen Abhängigkeit einer Gesellschaft von einer anderen zumindest dem Grundsatz nach zulässig sei⁴³.

³⁹ Vgl. dazu auch Tappolet 19.

⁴⁰ Vgl. vorne § 5.

⁴¹ Vgl. OR 628 III.

⁴² OR 660 I; aus dieser Formulierung geht e contrario hervor, dass die Statuten im Rahmen des Gesetzes auch eine andere Gewinnverwendung, also z.B. eine teilweise Abführung an Dritte, vorsehen können.

⁴³ Vgl. W. von Steiger 294a; Caflisch 124 f.; Maurer 78; R. Oesch 124; Frey 117 f.; a.M. Frankenberg 106 ff.; zur schwankenden Praxis des BGer vgl. Frey 118 ff.

Damit ist allerdings noch nichts über die Grenze solcher Bindungen gesagt. Was diese betrifft, so muss auch hier festgestellt werden, dass die zwingenden aktienrechtlichen Bestimmungen eine unüberwindbare Schranke für die Möglichkeiten zur statutarischen Begünstigung der Obergesellschaft darstellen⁴⁴. Dies bewirkt eine beträchtliche Einschränkung der sinnvollen Verwendbarkeit statutarischer Begünstigungen, sind doch in praktisch allen wesentlichen potentiellen Anwendungsgebieten zwingende Organisations- oder Schutzbestimmungen vorhanden. So ist die Einräumung eines direkten Einflusses der Obergesellschaft auf die Bestellung der Organe ebensowenig statutarisch begründbar wie etwa ein generelles Weisungsrecht in bezug auf die Geschäftsführung⁴⁵. Der einzige Freiraum, der in dieser Hinsicht bestehen bleibt, liegt in der Möglichkeit der Einflussnahme auf den Gewinn der Gesellschaft und insbesondere auf dessen Verteilung. Doch auch hier zeigen sich schon bald die Grenzen des Möglichen. Eine Statutenbestimmung, wonach der gesamte verteilbare Gewinn einer Konzerngesellschaft an die Obergesellschaft abzuführen wäre, ist zwar nicht von vornherein unzulässig, verstösst aber gegen das wohlerworbene Recht der Aktionäre auf gewinnstrebige Geschäftsführung⁴⁶. Dementsprechend kann eine solche Klausel nur eingeführt werden, wenn ihr entweder sämtliche Aktionäre zustimmen oder wenn es sich um eine Einmanngesellschaft handelt⁴⁷. Der gleichen Restriktion unterliegt im übrigen auch die noch naheliegendere Variante, nicht nur die Gewinnverteilung, sondern den gesamten Gesellschaftszweck statutarisch auf die Obergesellschaft auszurichten⁴⁸. Auch hier wird deshalb eine entsprechende Statutenbestimmung nur in Frage kommen, wenn die Gesellschaft zu hundert Prozent beherrscht ist.

⁴⁴ Vgl. Caflisch 124; R. Oesch 124; Frey 113; Haunreiter 34.

⁴⁵ Vgl. dazu im einzelnen Tappolet 106 ff.; von Planta 16 ff.; zur Organbestellung vgl. auch BGE 67 I 264 mit weiteren Verweisen.

⁴⁶ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 660 N 14.

⁴⁷ Vgl. zum Ganzen von Planta 20 ff.

⁴⁸ Vgl. von Planta 25; Tappolet 112.

10.4.3. *Bei der vertraglichen Abhängigkeit*

Bei der Festlegung der Grenzen der vertraglichen Abhängigkeit kann weitgehend auf das zur statutarischen Bindung Gesagte verwiesen werden. Auch die vertragliche Abhängigkeit ist somit dem Grundsatz nach zulässig, in den Auswirkungen aber zufolge ihrer Begrenzung durch die zwingenden Vorschriften des Aktienrechtes stark limitiert⁴⁹. Deshalb ist es auch nicht möglich, ein statutarisch nicht erreichbares Abhängigkeitsverhältnis einfach auf dem Vertragswege zu fixieren. Im Gegenteil erlangen verschiedene Rechte sogar erst durch eine Aufnahme in die Statuten ihre Gültigkeit und können somit durch vertragliche Vereinbarung allein nicht begründet werden⁵⁰. In solchen Fällen dient ein entsprechender Vertrag hingegen häufig als Vorstufe zur Stipulierung eines Drittrechtes in den Statuten.

Selbstverständlich kann nun in der Praxis eine Gesellschaft nicht daran gehindert werden, vertragliche Bindungen einzugehen, welche den soeben aufgestellten Grundsätzen widersprechen. Es stellt sich deshalb die Frage, welche Rechtsfolgen ein solches Vorgehen zeitigen würde. Im Falle eines Verstosses gegen zwingendes Aktienrecht ist die Lage klar: Ein Vertrag, der etwa das Recht der Wahl oder Abberufung der Verwaltung einem Dritten übertragen würde, wäre nichtig und würde keinerlei Verpflichtungen begründen⁵¹. Anders hingegen bei einer blossen Verletzung von Satzungs-vorschriften: Ein solcher Vertrag behält seine Gültigkeit und führt lediglich zu Schadenersatzansprüchen gegenüber der verantwortlichen Verwaltung⁵². Trotzdem dürften in praxi auch solche Vereinbarungen äusserst selten vorkommen, da sie als Grundlage für eine geordnete Zusammenarbeit aus naheliegenden Gründen wenig geeignet sind.

⁴⁹ Vgl. W. von Steiger 295a; Maurer 77; Caflisch 135; R. Oesch 129; Haunreiter 35.

⁵⁰ So etwa das bereits vorne erwähnte Recht auf Gewinnabführung.

⁵¹ Vgl. OR 19 f.

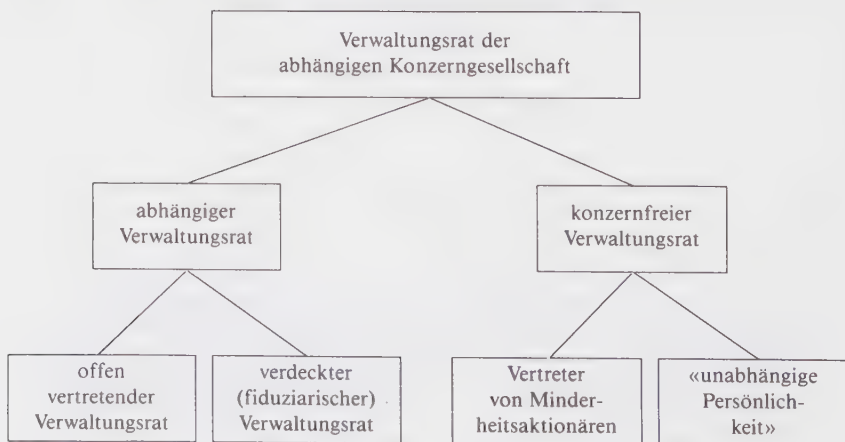
⁵² Vgl. W. von Steiger 295a; Caflisch 135; R. Oesch 130; Frey 115.

§ 11 Der Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft

11.1. Vorbemerkung

Aus dem im letzten Kapitel Gesagten ergibt sich, dass auch die abhängige Konzerngesellschaft in ihrem organisatorischen Aufbau vollumfänglich den zwingenden Vorschriften des Aktienrechtes untersteht. Entsprechend muss auch sie über eine Generalversammlung, eine Kontrollstelle und eine Verwaltung verfügen. Nirgends vorgeschrieben ist demgegenüber, nach welchen Kriterien die Mitglieder der letzteren auszuwählen sind. Es ist entsprechend nur natürlich, wenn diesbezüglich bei abhängigen Gesellschaften andere Gesichtspunkte zur Anwendung gelangen als im Normalfall.

So lassen sich denn die Mitglieder solcher Verwaltungen stets in zwei verschiedene Gruppen aufteilen: Auf der einen Seite stehen die «abhängigen», auf der anderen die «konzernfreien» Verwaltungsräte. Diese beiden Hauptgruppen lassen sich ihrerseits wieder in Untergruppen aufgliedern, womit sich die Situation gesamthaft wie folgt darstellt:



Wie die Darstellung zeigt, muss offensichtlich nicht jeder Verwaltungsrat einer abhängigen Konzerngesellschaft zugleich auch ein abhängiger Verwaltungsrat sein. Allerdings kann es zu einer Deckung der beiden Begriffe kommen. Dies ist dann der Fall, wenn keine konzernfreien Verwaltungsräte existieren, was in der Praxis sehr oft vorkommt. Trotzdem soll in der Folge aus methodischen Gründen an der klaren Unterscheidung der beiden Begriffe festgehalten werden.

11.2. Begriffe und Formen

11.2.1. Der abhängige Verwaltungsrat

Mit der stimmenmässigen Beherrschung einer Gesellschaft allein ist einer Konzernleitung im allgemeinen noch wenig gedient. Um die von ihr angestrebte einheitliche Leitung effektiv verwirklichen zu können, braucht sie Gewährsleute in der Verwaltung der beherrschten Gesellschaft. Solche Personen werden gemeinhin als «abhängige Verwaltungsräte» bezeichnet. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie ihr Mandat einem von der AG verschiedenen Dritten, hier der Obergesellschaft, verdanken, dessen Interessen sie in der Folge bei ihrer Tätigkeit als Verwaltungsrat zu wahren haben¹. Je nach den konkreten Umständen treten sie dabei offen in Erscheinung oder erfüllen ihre Aufgabe verdeckt.

11.2.1.1. Der offen vertretende Verwaltungsrat

Nach OR 707 III ist es einer juristischen Person verwehrt, sich als solche in den Verwaltungsrat einer Gesellschaft wählen zu lassen; an ihrer Stelle können aber ihre Vertreter gewählt werden. Die Auswahl und Bestellung dieser Vertreter liegt in Konzernverhältnissen ganz in der Hand der Obergesellschaft. Durch ihre Stimmenmajorität ist sie in der Lage, jeder ihr beliebigen urteilsfähigen natürlichen Person² einen Verwaltungsratssitz zu verschaf-

¹ Vgl. Thalmann 41; Probst 98; zur Problematik dieser Interessenwahrungspflicht vgl. hinten § 12.

² Nach herrschender Lehre ist Handlungsfähigkeit zur Ausübung eines Verwaltungsratsmandates nicht nötig; es genügt, wenn die entsprechende Person urteilsfähig ist; vgl. dazu Bürgi, Kommentar, Art. 707 N 14.

fen. Bei der Bestimmung der zu entsendenden Persönlichkeiten spielen Loyalitätsüberlegungen verständlicherweise eine grosse Rolle. Entsprechend werden oft Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung der Obergesellschaft mit der Vertretungsaufgabe betraut; möglich ist aber auch eine Beauftragung Dritter³.

Zwischen der entsendenden Konzernleitung und ihren Vertretern herrscht ein ausgeprägtes Abhängigkeitsverhältnis. Die Vertreter sind der Obergesellschaft sowohl vertraglich verpflichtet als auch faktisch von ihr abhängig. Sie kann sie infolgedessen jederzeit aus ihrem Amte entfernen, sei es durch eine Abwahl an der nächsten Generalversammlung, sei es durch eine Auflösung des der Vertretung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses⁴. Es erstaunt deshalb wenig, dass die Vertreter in aller Regel bestrebt sind, den Wünschen der Konzernleitung möglichst nachzukommen. Damit wird die offene Vertretung nach OR 707 III zu einem wichtigen Führungsinstrument zur einheitlichen Leitung des Konzerns.

11.2.1.2. Der verdeckte (fiduziarische) Verwaltungsrat

Nicht immer ist es von seiten der Obergesellschaft erwünscht, dass ihre Beteiligungen der Öffentlichkeit bekannt sind. Häufig wird Wert auf Geheimhaltung gelegt. Die möglichen Gründe für eine solche Haltung sind vielfältig und brauchen durchaus nicht unbedingt verwerflicher Natur zu sein⁵. So kann z.B. die Furcht vor einer negativen Reaktion der öffentlichen Meinung es als ratsam erscheinen lassen, eine Gesellschaftsübernahme geheimzuhalten. Weitere, v.a. in internationalen Verhältnissen relevante Ursachen einer Geheimhaltung der wahren Beteiligungsverhältnisse können Nationalitätsvorschriften, Fiskalerlasse oder Devisenrestriktionen sein⁶.

Es ist klar, dass allfällige Geheimhaltungsabsichten eine offene Vertretung der Gesellschaft von vornherein ausschliessen. In solchen Fällen wird deshalb gerne auf das Institut des verdeckten oder fiduziarischen Verwal-

³ Vgl. Albers 83; G. Schucany 65; Wenninger 161.

⁴ Vgl. dazu im einzelnen hinten Abschn. 15.2.

⁵ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 711 N 8.

⁶ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 707 N 23; Wenninger 168.

tungsrates zurückgegriffen⁷. Dabei bestellt die Obergesellschaft zwar auch einen Vertreter, dem sie aber, anstatt ihn offen erscheinen zu lassen, fiduziarisch ihren gesamten Aktienbesitz überträgt, damit er in der Generalversammlung als eigenberechtigter Aktionär auftreten kann⁸. Dort wird er dann mit der Macht seiner Stimmkraft sich selbst und allenfalls weitere Vertraute in den Verwaltungsrat wählen lassen.

Mit diesem Vorgehen verbinden sich für die delegierende Gesellschaft hauptsächlich zwei Vorteile. Zum einen tritt nicht sie, sondern der Fiduziar als Aktionär in Erscheinung, womit das Ziel der Geheimhaltung erreicht ist. Zum andern führt das fiduziarische Verhältnis zwischen ihr und ihrem Vertreter aber auch zu einer im Vergleich zur offenen Vertretung noch stärkeren Abhängigkeit des letzteren, weshalb sie seiner Loyalität weitgehend sicher sein kann. Da der verdeckte Verwaltungsrat allerdings gleichzeitig auch der Sorgfaltspflicht seiner Charge unterliegt, akzentuiert sich bei ihm das Problem des Interessenkonfliktes besonders stark. Darauf wird noch ausführlich zurückzukommen sein⁹.

11.2.2. Der konzernfreie Verwaltungsrat

Nicht immer ist die Konzernleitung in der Lage, die von ihr abhängige Gesellschaft zu hundert Prozent zu beherrschen. Häufig strebt sie eine solche Machtkonzentration mit Rücksicht auf den hohen Kapitalaufwand auch gar nicht an, reicht doch zu einer vollständigen Kontrolle schon eine bedeutend geringere Beteiligung aus¹⁰. Entsprechend liegt in vielen Konzerngesellschaften ein mehr oder weniger grosses Aktienpaket in den Händen von Minderheitsaktionären, wobei unter Umständen ein Anspruch derselben auf einen Sitz im Verwaltungsrat besteht. Gelegentlich räumt die Ober-

⁷ Der Ausdruck «fiduziarischer Verwaltungsrat» wird in der Literatur nicht durchwegs einheitlich angewandt. Teilweise erfolgt eine synonyme Verwendung der Bezeichnungen «fiduziarisch» und «abhängig». Diese Ausdrucksweise ist aber unpräzis, da nicht jeder abhängige Verwaltungsrat auch Fiduziar ist. Vorliegend soll unter dem Ausdruck «fiduziarischer Verwaltungsrat» deshalb einzig der verdeckt abhängige Mandatsträger verstanden werden, während der Begriff «abhängiger Verwaltungsrat» sowohl die offene als auch die verdeckte Vertretung umfasst.

⁸ Vgl. G. Schucany 15 ff.; Bürgi, Kommentar, Art. 707 N 29; Wenninger 160.

⁹ Vgl. hinten § 12.

¹⁰ Vgl. auch vorne Abschn. 10.3.1.

gesellschaft der Minderheit aus psychologischen Überlegungen auch freiwillig ein solches Mandat ein. Schliesslich kommt es nicht selten vor, dass Drittpersonen ohne weitere Beziehungen zum Konzern, sog. «unabhängige Persönlichkeiten», in den Verwaltungsrat einer abhängigen Gesellschaft berufen werden. Gemeinsam ist all diesen Mandatsträgern, dass sie keine direkten Verpflichtungen gegenüber der Obergesellschaft besitzen; sie werden deshalb als «konzernfrei» bezeichnet.

11.2.2.1. Der Minderheitenvertreter

Nach OR 708 IV ist bei Bestehen von Aktionärsgruppen mit verschiedener Rechtsstellung jeder dieser Gruppen durch die Statuten die Wahl mindestens eines Vertreters in den Verwaltungsrat zu sichern. Nach Absatz V desselben Artikels kann das Vertretungsrecht statutarisch auch auf gewöhnliche Minderheiten ausgedehnt werden¹¹.

Existieren in einer Gesellschaft entsprechend berechnete Gruppen oder Minderheiten, so kommt ihnen ein verbindliches Vorschlagsrecht für ihren Vertreter zu, welches die Generalversammlung nur bei Vorliegen wichtiger Gründe missachten darf¹².

Der Vertreter erfreut sich deshalb einer relativ weitgehenden Unabhängigkeit von der Konzernleitung. Er ist ihr nicht nur nicht verpflichtet, sondern bis zu einem gewissen Grade auch vor ihrer Macht geschützt. Dies unterscheidet ihn markant von seinen abhängigen Kollegen, deren Interessenkonflikt er denn auch nur in beschränktem Masse teilt. Trotzdem ist auch die Lage des Minderheitenvertreters nicht frei von Problemen, wie später noch gezeigt werden wird¹³.

11.2.2.2. Die «unabhängige Persönlichkeit»

Die Berufung von konzernunabhängigen Persönlichkeiten in den Verwaltungsrat einer abhängigen Gesellschaft kann aus den verschiedensten Gründen erfolgen. Meist sind es unternehmerische oder politische Motive, die einer solchen Wahl zugrunde liegen: Die Konzernleitung will die Sach-

¹¹ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 708 N 66.

¹² Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 22 N 14; Bürgi, Kommentar, Art. 708 N 59, 68; für Beispiele wichtiger Gründe vgl. BGE 66 II 52 mit weiteren Verweisen.

¹³ Vgl. hinten Abschn. 12.3.1.

kenntnis, die Beziehungen oder die Erfahrung der betreffenden Person für sich ausnützen¹⁴. Oft spielen auch psychologische Momente eine Rolle: Der gute Ruf, die bekannte Integrität oder die Beliebtheit des Verwaltungsrates sollen das Image der Konzerngesellschaft in der Öffentlichkeit verbessern und zugleich allfällige Minderheitsaktionäre beruhigen.

Es ist indessen eine Tatsache, dass die «unabhängige Persönlichkeit» häufig so unabhängig nicht ist, besteht doch auch bei ihr ein enger Zusammenhang zwischen ihrem Verhalten der Konzernleitung gegenüber und ihrer Wiederwahl an der nächsten Generalversammlung¹⁵. Auch hier verfügt die Obergesellschaft deshalb über gewisse Möglichkeiten zur systemwidrigen Einflussnahme, wenn diese in der Regel auch bedeutend weniger ausgeprägt sind als beim abhängigen Mandatsträger. Da die «abhängige Persönlichkeit» nämlich wirtschaftlich nicht auf den Konzern angewiesen ist, wird ihre Bereitschaft, um des Mandaterhalts willen Pflichtwidrigkeiten zu begehen, nicht schrankenlos sein. Wo allerdings die Grenzen im Einzelfall liegen, hängt allein von der Charakterstärke der betroffenen Person ab und ist generell nicht feststellbar.

11.3. Rechtliche Zulässigkeit

11.3.1. Des offen vertretenden Verwaltungsrates

Die Zulässigkeit des offen vertretenden Verwaltungsrates steht ausser Zweifel, wird dieses Institut doch vom Gesetz selbst in OR 707 III vorgesehen. Allerdings ist der Ausdruck «Vertreter» dabei nicht allzu eng zu interpretieren, handelt es sich hier doch keineswegs um ein Vertretungsverhältnis im Sinne von OR 32ff.¹⁶ Entsprechend kann auch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Konzernleitung dem Vertreter gegenüber unbeschränkt weisungsberechtigt ist¹⁷. Hingegen kann sie sich vertraglich oder statutarisch das Recht sichern, im Falle der Abwahl ihrer Vertrauensperson durch die GV der Konzerngesellschaft einen neuen Vertreter

¹⁴ Vgl. im einzelnen Hofmann 44 ff.

¹⁵ Vgl. dazu auch Albers 84.

¹⁶ Vgl. Caflisch 141; Bosman 43 FN 121b mit weiteren Verweisen.

¹⁷ Vgl. dazu hinten Abschn. 12.2.1.

vorzuschlagen¹⁸. In praxi wird eine derartige Absicherung in Anbetracht der herrschenden Mehrheitsverhältnisse im Konzern allerdings kaum je konkrete Bedeutung erlangen.

11.3.2. *Des fiduziarischen Verwaltungsrates*

Das Problem der Zulässigkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates wird seit Jahrzehnten diskutiert und ist in der Lehre auch heute noch nicht unumstritten. Im Brennpunkt der Diskussion steht dabei die Frage nach der Statthaftigkeit des sog. «Weisungsvertrages»¹⁹ zwischen der Obergesellschaft und dem fiduziarischen Verwaltungsrat. Ihre Beantwortung präjudiziert die Haltung zu diesem Institut als solchem, da der fiduziarische Verwaltungsrat ohne Weisungsrecht der Obergesellschaft seine Existenzberechtigung weitgehend verliert. Aus der Unzahl der Stellungnahmen zu dieser Problematik lassen sich drei Hauptmeinungen herauskristallisieren, die nachfolgend kurz dargestellt werden sollen.

11.3.2.1. *Die ablehnende Haltung*

Die Vertreter dieser Theorie verneinen die rechtliche Statthaftigkeit eines Weisungsvertrages und damit auch die Figur des fiduziarischen Verwaltungsrates kategorisch²⁰.

Ihrer Ansicht nach sprechen schon grundsätzliche Erwägungen gegen die Zulassung eines Weisungsrechtes der Obergesellschaft, da ein solches einen unerträglichen Einbruch in die organisatorische Grundstruktur der Aktiengesellschaft bedeuten würde²¹. Ein weiteres Indiz gegen den Weisungsvertrag wird in der Ablehnung der sog. «Knebelungsverträge» durch das Bundesgericht gesehen²². Wenn, so wird argumentiert, schon die juristi-

¹⁸ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 707 N 32.

¹⁹ Der Ausdruck «Weisungsvertrag» ist nicht als bestimmter Vertragstyp, sondern als Sammelbezeichnung für alle vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Konzernleitung und dem fiduziarischen Verwaltungsrat zu verstehen, aufgrund derer dem letzteren Weisungen erteilt werden können.

²⁰ So F. von Steiger, Verwaltungsrat 33 ff.; V. Piconi 321 ff.; Caflisch 143 ff.; Tappolet 124 f.; R. Oesch 126 f. FN 139.

²¹ Vgl. Caflisch 145 f.

²² Vgl. BGE 67 I 264 ff.; unter einem Knebelungsvertrag ist ein Vertrag zu verstehen, durch welchen sich eine Körperschaft ihrer Autonomie begibt und der die Handlungsfähigkeit ihrer Organe beschränkt; ein solcher ist gemäss oberwähntem Entscheid als unzulässig zu betrachten.

sche Person selbst ihre Handlungsfähigkeit nicht beschränken darf, so darf erst recht ein Mitglied des Verwaltungsrates sich nicht an einen Dritten binden und so eine indirekte Abhängigkeit der Gesellschaft begründen²³.

Vor allem wird die Ablehnung des Weisungsvertrages aber mit seiner Unvereinbarkeit mit der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates begründet. Diese fordert nach Ansicht der Weisungsgegner nicht nur ein Verhalten in Übereinstimmung mit Gesetz, Statuten, Reglementen und Generalversammlungsbeschlüssen, sondern generell eine stete Beachtung des Gesellschaftsinteresses bei jedem einzelnen Entscheid des Verwaltungsrates²⁴. Es ist klar, dass bei dieser Auslegung der Sorgfaltspflicht kein Platz für die Entgegennahme gesellschaftsschädigender Weisungen bleibt. Ein verbindliches Weisungsrecht könnte folglich nur im Rahmen des Gesellschaftsinteresses vereinbart werden. Eine solchermassen begrenzte Weisungsbefugnis wird aber als für die Konzernleitung nutzlos betrachtet²⁵, womit für die Rechtsfigur des fiduziarischen Verwaltungsrates kein sinnvoller Anwendungsbereich mehr bleibt. Das Institut ist deshalb nach Ansicht der Anhänger dieser Theorie als «dem schweizerischen Rechte fremd» zu betrachten²⁶.

11.3.2.2. Die befürwortende Haltung

Genau den entgegengesetzten Standpunkt zu der soeben besprochenen Meinung vertritt eine Lehre, die als «Theorie des doppelten Pflichtenexus» bekannt geworden ist²⁷. Danach verfügt jeder Verwaltungsrat im Rahmen seiner Organpflichten über einen Ermessensspielraum, innerhalb welchem er seine freien kaufmännischen Entscheidungen treffen kann. Besteht aber ein solcher Freiraum, so wird gefolgert, verlangt es der Grundsatz der Vertragsfreiheit, dass in diesem Rahmen auch Verträge mit Dritten, also z.B. auch Weisungsverträge, abgeschlossen werden dürfen²⁸.

²³ Vgl. F. von Steiger, Verwaltungsrat 117.

²⁴ Vgl. Caffisch 145; Tappolet 124; R. Oesch 126 f. FN 139.

²⁵ Vgl. Tappolet 125.

²⁶ So V. Piconi 327.

²⁷ Die Theorie geht zurück auf Gautschi, Rechtsverhältnisse 301 ff.; ihm folgend E. Schucany, Verwaltungsrat 109 ff.; Probst 99; Thalman 59 f.

²⁸ Vgl. Gautschi, Kommentar, Art. 397 N 13c.

Die Regelungsmaterie solcher Abmachungen ist allerdings beschränkt: Eine weitergehende Verpflichtung als die Zusage, das eigene Ermessen durch dasjenige des Dritten zu ersetzen, kann der Verwaltungsrat auch nach Ansicht der Befürworter dieser Theorie nicht rechtsgültig eingehen²⁹. Im Rahmen dieser Grenzen gilt der Abschluss von Weisungsverträgen indessen ohne weiteres als zulässig.

Die Begründung solcher Vereinbarungen bleibt nun aber nicht ohne Folgen auf den betroffenen Verwaltungsrat. Er untersteht jetzt einem sog. «doppelten Pflichtenexus», da er nun nicht mehr nur gesellschaftsrechtliche, sondern auch vertragliche Verpflichtungen besitzt³⁰. Zu einem Interessenkonflikt führt dies indessen nicht, da die vertraglichen Pflichten ja nur den Ermessensbereich betreffen, der dem Verwaltungsrat ohnehin zur freien Entscheidung offensteht. Damit spricht nach Ansicht der Vertreter der Theorie des doppelten Pflichtenexus auch nichts mehr gegen den fiduziarischen Verwaltungsrat; dieser ist deshalb «in keiner Weise zu beanstanden»³¹.

11.3.2.3. Die vermittelnde Haltung

Einen Kompromiss zwischen der völligen Ablehnung und der uneingeschränkten Befürwortung der Zulässigkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates versucht die dritte gängige Theorie zu diesem Problem zu finden. Nach ihr ist der Weisungsvertrag zwar grundsätzlich zulässig, in der Anwendung aber auf die Einmanngesellschaft beschränkt³².

Der Grund für diese Differenzierung liegt in der unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit der durch ein Weisungsrecht betroffenen Interessen: Während bei der Einmanngesellschaft aufgrund des Fehlens jeglichen Gesellschaftssubstrates das Gesellschaftsinteresse mit den Interessen des weisungserteilenden Dritten zusammenfällt und somit keines besonderen Schutzes bedarf, existieren in einer nicht zu hundert Prozent beherrschten Gesellschaft Minderheitsinteressen, die durch einen Weisungsvertrag ge-

²⁹ Vgl. Gautschi, Rechtsverhältnisse 303.

³⁰ Vgl. Gautschi, Rechtsverhältnisse 303.

³¹ So E. Schucany, Verwaltungsrat 111.

³² Diese Ansicht wird, im Anschluss an ein Urteil des Zürcher Obergerichtes, publ. in ZR 58 (1959) Nr. 70, 179 ff., vertreten durch Jäggi 1 ff.; Vischer/Rapp 156; von Greyerz, Verwaltung 65; von Planta 45 f.

fährdet sein könnten. Entsprechend ist die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung nach Ansicht der Vertreter der vermittelnden Haltung für letzteren Fall abzulehnen³³. Ausdrücklich für statthaft erklärt wird ein vertraglich vereinbartes Weisungsrecht hingegen in der Einmannengesellschaft. Dies nicht nur aufgrund obiger Argumentation, sondern auch aus der Erkenntnis heraus, dass es wenig sinnvoll wäre, die Einmannengesellschaft grundsätzlich zu erlauben, den damit eng verbundenen Weisungsvertrag aber abzulehnen³⁴. Im Endeffekt wird die Erscheinung des fiduziarischen Verwaltungsrates somit für zulässig erklärt, seine Legalität aber zugleich auf den Fall der Einmannengesellschaft begrenzt.

11.3.2.4. Analyse der einzelnen Meinungen und eigene Haltung

So wohlbegründet die einzelnen Theorien zur Beurteilung der Zulässigkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates auch scheinen, so vermögen sie m.E. doch allesamt nicht vollauf zu befriedigen. Dies aus folgenden Gründen:

- Die ablehnende Haltung krankt in erster Linie an ihrer Absolutheit: Mögen die einzelnen zur Abstützung vorgebrachten Argumente z.T. auch durchaus etwas für sich haben, so ist doch die daraus gezogene Schlussfolgerung in ihrer Undifferenziertheit abzulehnen. Dies zum einen, weil nicht erkannt wird, dass im Falle der Einmannengesellschaft eine spezielle Betrachtungsweise angebracht wäre, welche zu abweichenden Ergebnissen führt³⁵, zum andern auch, weil aus der an sich richtigen Feststellung, ein Weisungsvertrag könne nur bestehen, wenn er weder Gesetz noch Statuten noch den Interessen der Gesellschaft widerspreche, nämlich keineswegs zwingend folgen muss, ein solcher sei im erlaubten Rahmen stets sinnlos. Auch eine Weisung, mit welcher nur angeordnet wird, was im wohlverstandenen Gesellschaftsinteresse liegt, kann nämlich in Ausnahmefällen ihren Sinn besitzen, und zwar dann, wenn dieses Interesse ohne die Weisung nicht erkannt würde, weil dem entscheidenden Verwaltungsrat die Informationen fehlen, um das von ihm mit zu

³³ Zur Argumentation im einzelnen vgl. Jäggi 4 ff.

³⁴ Vgl. Woernle 58; von Planta 45, je mit Verweisen auf obgenanntes Urteil des Zürcher Obergerichtes.

³⁵ Vgl. dazu hinten die Analyse der vermittelnden Haltung sowie die Entwicklung der eigenen Meinung.

berücksichtigende Konzerninteresse richtig einzuschätzen³⁶. Gerade dies kommt aber durchaus vor, da der abhängige Verwaltungsrat nicht stets über alle Details der Konzerngesamtplanung informiert sein kann und dies oft auch nicht sein darf. In diesem Augenblick bleibt der Konzernleitung aber nur der Rückgriff auf den Weisungsvertrag, wenn sie sicherstellen will, dass ihr Konzerninteresse in vollem Umfang bei der Entscheidung mitberücksichtigt wird³⁷. Mögen solche Situationen auch nicht an der Tagesordnung sein, so beweisen sie doch, dass ein Interesse der Konzernleitung am Abschluss eines Weisungsvertrages auch innerhalb der von der ablehnenden Theorie geforderten Grenzen bestehen kann. Damit ergibt sich aber ein weiteres Argument für die Ansicht, dass die völlige Ablehnung des fiduziarischen Verwaltungsrates als Rechtsfigur nicht gerechtfertigt ist.

- Die Problematik der befürwortenden Haltung liegt dagegen in ihrer Interpretation des Ermessensspielraumes. Zwar ist an der Feststellung, dass ein solcher existiert, nichts auszusetzen, wohl aber an der Folgerung, dass deshalb das eigene Ermessen ohne weiteres durch fremdes Ermessen ersetzt werden dürfe. Auch im Ermessensbereich unterliegt der Verwaltungsrat nämlich unumschränkt seiner Sorgfalts- und Treuepflicht, weshalb er bei jedem Problem unter den ihm zur Auswahl stehenden Alternativen diejenige zu wählen hat, die seiner Überzeugung nach den Gesellschaftsinteressen am besten entspricht. Delegiert nun der zur Entscheidung verpflichtete Verwaltungsrat sein Ermessen an einen Dritten, so ist dessen Lösung vom Standpunkt der Pflichterfüllung aus gesehen nur dann unproblematisch, wenn sie mit der Entscheidung, die der Verwaltungsrat selbst hätte treffen dürfen, zusammenfällt. Gerade dies wird aber in der Regel nicht der Fall sein, da der Dritte naturgemäss andere

³⁶ Zum Stellenwert des Konzerninteresses als Bestandteil des Gesellschaftsinteresses vgl. hinten Abschn. 13.2.

³⁷ Beispiel: Bei der Erneuerung ihres Fahrzeugparkes stehen der Konzerngesellschaft zwei scheinbar gleichwertige Offerten der Anbieter X und Y zur Auswahl. Aufgrund der ihm zugänglichen Informationen könnte sich der abhängige Verwaltungsrat in guten Treuen für die eine wie für die andere entscheiden. Was er nicht weiss, ist, dass die Konzernleitung die Gesellschaft X in absehbarer Zeit zu übernehmen gedenkt. Um zu verhindern, dass der Verwaltungsrat nun das Y-Angebot wählt, was er aus seiner Sicht ja dürfte, erteilt die Konzernleitung die Weisung, X zu bevorzugen. Dieser Entscheid liegt, da ja das Y-Angebot nicht vorteilhafter war, sowohl im Interesse der Konzernleitung als auch in demjenigen der abhängigen Gesellschaft. Die erteilte Weisung ist deshalb weder rechtswidrig noch sinnlos.

Prioritäten setzt, als dies der Verwaltungsrat tun muss. Das Ermessen des Dritten wird deshalb im Endeffekt meistens nicht zur «besten» Lösung im Sinne des Verwaltungsrates führen³⁸. Entsprechend dürfen die beiden Ermessen aber auch nicht ausgetauscht werden. Eine Entscheidungsfreiheit im Ermessensbereich im Sinne der Theorie des doppelten Pflichtenexus existiert somit nicht, weshalb sich der Verwaltungsrat diesbezüglich auch nicht vertraglich verpflichten kann. Die Theorie ist deshalb abzulehnen³⁹, da sie auf einer Verkennung des Ermessensspielraumes des Verwaltungsrates basiert.

- Die vermittelnde Haltung schliesslich erscheint trotz überzeugendem Ansatz im Endeffekt als etwas zu eng. Ist der Differenzierung zwischen Einmann- und übrigen Gesellschaften und ihrer Begründung mit dem Schutzbedürfnis der Minderheitsaktionäre auch vorbehaltlos zuzustimmen, so ist die daraus gefolgerte ausnahmslose Beschränkung der Zulässigkeit von fiduziarischen Verwaltungsräten auf die Einmanngesellschaft doch zu pauschal ausgefallen. Wie vorne bereits gezeigt wurde, kann ein Weisungsrecht nämlich auch ohne Schädigungsabsicht der Konzernleitung gegenüber der abhängigen Gesellschaft sinnvoll sein⁴⁰. Wird letztere durch eine Weisung nicht benachteiligt, so entsteht auch allfälligen Minderheitsaktionären kein Schaden. Bleiben diese aber unbehelligt, so spricht nichts gegen die Zulassung von Weisungsverträgen auch in Gesellschaften mit einer Vielzahl von Aktionären. Unter diesen Voraussetzungen sollte der fiduziarische Verwaltungsrat deshalb auch ausserhalb von Einmann-Verhältnissen als zulässig erachtet werden.

Soll nun aus dem Vergleich der verschiedenen Thesen zum fiduziarischen Verwaltungsrat eine Schlussfolgerung gezogen werden, so ist festzustellen, dass die vermittelnde Theorie das Problem am überzeugendsten angeht.

³⁸ Hingegen kann es vorkommen, dass umgekehrt das Ermessen des Verwaltungsrates zu mehr als einer optimalen Lösung führt. In einem solchen Fall der völligen Gleichrangigkeit mehrerer Alternativen aus Sicht des Verwaltungsrates ist es m.E. nun zulässig, dem Dritten die Wahl zwischen den einzelnen Möglichkeiten zu überlassen; sein diesbezüglicher Entscheid ist dann aber nicht mehr «Ermessen», sondern lediglich ein auf dem bereits pflichtgemäss ausgeübten Ermessen des Verwaltungsrates aufbauender Stichentscheid.

³⁹ Im Ergebnis gleicher Meinung Caflisch 144 f.; Tappolet 124; Albers 91 f.; Bosman 45.

⁴⁰ Vgl. Beispiel in FN 37.

Nur hier wird nämlich erkannt, dass die gesamte Problematik nicht über einen Leisten geschlagen werden kann, sondern der Differenzierung bedarf. Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen der Einmanngesellschaft und den übrigen Formen der AG ist unbedingt zu befürworten, nicht zuletzt deshalb, weil sie in hohem Masse der Praxis gerecht wird. Gerade im Bereich der Einmanngesellschaft ist nämlich die Verwendung von fiduziarischen Verwaltungsräten dermassen verbreitet, dass es mit einer blossen Bestreitung der Zulässigkeit dieses Phänomens nicht mehr sein Bewenden haben kann. Entsprechend kann die von der vermittelnden Ansicht hergestellte Übereinstimmung zwischen Theorie und Praxis nur begrüsst werden. Nicht zuletzt spricht für diese These, dass sie sich als einzige auf einen höherinstanzlichen Gerichtsentscheid abstützen kann, welchem mangels einschlägiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine nicht unbeträchtliche präjudizielle Wirkung zukommt.

Im Ergebnis ist somit die Frage nach der Statthaftigkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates m.E. dahingehend zu beantworten, dass dieser im schweizerischen Rechtssystem durchaus seinen Platz hat. Da die Drittbindung eines Verwaltungsrates aber eine gesellschaftsrechtlich atypische Erscheinung darstellt und zudem die Minderheitsaktionäre der abhängigen Gesellschaft dauernd latent gefährdet, sind der Zulässigkeit dieser Erscheinung enge Grenzen zu setzen. Deshalb ist der Einsatz von fiduziarischen Verwaltungsräten in einem Konzern grundsätzlich nur dann als statthaft zu betrachten, wenn die abhängige Gesellschaft zu hundert Prozent beherrscht ist. Im Sinne einer Ausnahme kann diese Rechtsfigur zudem auch dann noch toleriert werden, wenn zwar keine vollständige Beherrschung der Konzerngesellschaft vorliegt, jedoch der Weisungsvertrag zwischen ihr und der Konzernleitung dermassen abgefasst ist, dass ihr durch die Weisungen letzterer keinerlei Schaden entstehen kann.

11.3.3. Des konzernfreien Verwaltungsrates

Die Zulässigkeit der Wahl eines konzernfreien Verwaltungsrates ist völlig unbestritten, und zwar sowohl für den Fall des Minderheitenvertreters als auch für denjenigen der «unabhängigen Persönlichkeit». Was ersteren betrifft, so geht dies bereits aus OR 708 IV hervor, wo die Wahl eines Interessenvertreters für gewisse Fälle sogar zwingend vorgeschrieben wird⁴¹. Die

⁴¹ Für Einzelheiten vgl. vorne Abschn. 11.2.2.1.

Zulässigkeit der Wahl einer «unabhängigen Persönlichkeit» andererseits ergibt sich gleichsam von selbst, ist es doch gerade Aufgabe eines Verwaltungsrates, unabhängig von fremden Einflüssen die Gesellschaftsinteressen zu verfolgen. Voraussetzung für die Zulassung einer solchen Person als Verwaltungsrat ist somit einzig ihre Urteilsfähigkeit⁴² sowie ihre Aktionärs-eigenschaft⁴³.

⁴² Zur Urteilsfähigkeit als Wahlvoraussetzung vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 22 N 4.

⁴³ Vgl. OR 707 I.

§ 12 Die Verantwortlichkeit in der abhängigen Konzerngesellschaft

12.1. Vorbemerkung

Wie bereits gezeigt wurde¹, kennt das geltende Aktienrecht mit wenigen Ausnahmen keine Spezialnormen für Konzernverhältnisse. Entsprechend unterliegt auch der in einer Konzerngesellschaft tätige Verwaltungsrat ungeachtet seiner besonderen Situation grundsätzlich den gewöhnlichen Vorschriften des 26. Titels des Obligationenrechtes. Dies gilt auch und insbesondere bezüglich seiner Verantwortlichkeit. Andererseits ist es für diese Kategorie von Verwaltungsräten eben typisch, dass sie auch Dritten gegenüber gewisse Verpflichtungen besitzen, deren Erfüllung sie nicht leichtthin verweigern können. Es stellt sich deshalb die Frage, ob und inwieweit diese Drittbindung die Pflichten und damit die Verantwortlichkeit der betroffenen Personen gegenüber der Konzerngesellschaft, ihren Aktionären und ihren Gläubigern zu beeinflussen vermag.

12.2. Die Verantwortlichkeit des abhängigen Verwaltungsrates

12.2.1. Im Falle der offenen Vertretung

Will eine Obergesellschaft in Anwendung von OR 707 III Vertreter in den Verwaltungsrat der Konzerngesellschaft entsenden, so hat sie bei der Auswahl dieser Personen die Wahl zwischen drei verschiedenen Alternativen: Sie kann eigene Organe², Angestellte ohne Organstellung oder Dritte mit

¹ Vgl. vorne Abschn. 3.1.

² IdR wird es sich dabei um Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung handeln.

der Vertretung beauftragen. Je nachdem, welcher Kategorie der Vertreter angehört, ist sein Verhältnis zur abordnenden Gesellschaft ein verschiedenes. Bekleidet er dort eine Organstellung, so sind seine Handlungen ein Ausfluss derselben und er unterliegt dafür der entsprechenden Treue- und Sorgfaltspflicht³. Ist der Vertreter hingegen bei der Obergesellschaft lediglich angestellt, ohne Organfunktionen auszuüben, so tritt er seine Mission im Rahmen einer speziellen Beauftragung an, die wiederum auf seinem Dienstvertrag basiert⁴. Ist der Vertreter schliesslich ein von der Konzernleitung rechtlich unabhängiger Dritter, so liegt zwischen den Parteien ein mandatsähnliches Rechtsverhältnis vor⁵, in welchem der Beauftragte sich verpflichtet, die Interessen der Konzernleitung im Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft zu wahren. Hier, wie auch im Falle des Angestellten, unterliegt die entsandte Person folglich der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht⁶.

Im Verhältnis zur aufnehmenden Gesellschaft ist die Herkunft des Vertreters demgegenüber ohne Bedeutung. Seine Beziehung zur Konzerngesellschaft ist in jedem Falle als auftragsähnlich zu qualifizieren⁷. Trotz der Namensgleichheit kann dieses Rechtsverhältnis indessen nicht mit jenem verglichen werden, welches zwischen dem angestellten oder frei beauftragten Vertreter und der Konzernleitung besteht. Während letzteres nämlich rein privatrechtlicher Natur ist, wird das Mandat der abhängigen Gesellschaft an ihren Verwaltungsrat weitgehend durch die im Gesetz und den Statuten festgelegte Kompetenzverteilung bestimmt⁸. Entsprechend sind weite Teile dieser Vereinbarung zwingend geregelt und unterliegen nicht mehr der freien Parteiabrede. Dies gilt insbesondere auch für die Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrates und die daraus fliessende Verantwortlichkeit⁹. Deshalb geht jeder Verwaltungsrat mit Annahme der Wahl

³ Vgl. Thalmann 44 ff.; Albers 87; zur daraus folgenden sog. «Doppelorganschaft» vgl. auch hinten Abschn. 13.4.

⁴ Vgl. Gautschi, Kommentar, Art. 395 N 5e.

⁵ Entgegen der Ansicht eines Teils der Lehre kann das Rechtsverhältnis nicht als reiner Auftrag qualifiziert werden, da der Auftraggeber hier nicht über die völlige Weisungsbefugnis gegenüber seinem Beauftragten verfügt; im gleichen Sinne G. Schucany 64; Weninger 162; von Planta 63.

⁶ Vgl. Albers 88.

⁷ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 708 N 14 f. mit weiteren Verweisen.

⁸ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 708 N 6.

⁹ Vgl. Albers 88 f. mit ausführlicher Begründung.

in dieses Gremium die unabdingbare Verpflichtung ein, die Interessen der ihn wählenden Gesellschaft zu wahren und sämtliche Ansprüche Dritter, die an ihn herangetragen werden, hintanzustellen. Dies gilt selbstverständlich auch für die Ansprüche der Konzernleitung. Weisungen derselben darf der Vertreter deshalb nur erfüllen, soweit sie im Interesse der abhängigen Gesellschaft liegen. Ist dies nicht der Fall, so hat er ihre Befolgung abzulehnen; zum einen, weil er ansonsten seine Interessenwahrungspflicht verletzt, zum anderen, weil solche Weisungen rechtsgültig gar nicht begründbar sind. Da sie nämlich gegen zwingendes Aktienrecht verstossen, sind sie nichtig¹⁰ und müssen folglich als nicht erteilt betrachtet werden. Befolgt der Vertreter die Weisungen trotzdem und entsteht der Konzerngesellschaft dadurch Schaden, so haftet er den Geschädigten nach Massgabe von OR 754ff.

Die Verantwortlichkeit des offen vertretenden Verwaltungsrates unterscheidet sich somit in keiner Weise von den vorne ausführlich dargestellten allgemeinen Grundsätzen¹¹. Seine Bindung an die Konzernleitung bleibt in diesem Zusammenhang ohne Auswirkung, da sie an der zwingenden Interessenwahrungspflicht gegenüber der Konzerngesellschaft stets ihre Grenze findet. Deshalb wird eine Konzernleitung auch nie in die Lage kommen, einen schädigende Weisungen nicht befolgenden Vertreter wegen Vertragsverletzung rechtlich belangen zu können¹². Trotzdem bleibt, wie noch gezeigt werden wird, der Druck, der auf dem Verwaltungsrat lastet, gross. Aus rechtlicher Sicht bleibt ihm indessen nichts weiter übrig, als diesem Druck zu widerstehen und seine Pflichten gegenüber der Konzerngesellschaft ordnungsgemäss wahrzunehmen, ansonsten er Gefahr läuft, zur Verantwortung gezogen zu werden.

12.2.2. Im Falle der fiduziarischen Vertretung

Will eine Konzernleitung aus Geheimhaltungsgründen ihre Interessen in der abhängigen Gesellschaft durch einen fiduziarischen Verwaltungsrat

¹⁰ Vgl. Gautschi, Rechtsverhältnisse 303; V. Piconi 326.

¹¹ Vgl. § 7 f.; zu den Ausnahmen bei der Vertretung in hundertprozentig beherrschten Gesellschaften vgl. nachfolgend Abschn. 12.2.2.

¹² Anders jedoch, wenn der Vertreter Weisungen missachtet, deren Befolgung den Interessen der Konzerngesellschaft nicht abträglich gewesen wären; hier kann die Konzernleitung m.E. den abhängigen Verwaltungsrat wegen Verletzung des Weisungsvertrages ins Recht fassen.

vertreten lassen, so ist dies zulässig, solange die Konzerngesellschaft zu hundert Prozent beherrscht wird oder, falls lediglich eine Mehrheitsbeteiligung vorliegt, solange der entsprechende Weisungsvertrag eine Verletzung der Gesellschaftsinteressen ausschliesst¹³. Sind diese Bedingungen nicht gegeben, so stellt der fiduziarische Verwaltungsrat streng betrachtet bereits durch seine Existenz eine Widerrechtlichkeit dar, was allerdings in der Praxis kaum Beachtung findet. Durchaus beachtenswert ist demgegenüber, dass der fiduziarische Verwaltungsrat in dem Augenblick, in dem er in einer nicht vollständig beherrschten Gesellschaft Weisungen befolgt, die diese schädigen, für den Schaden persönlich nach OR 754ff. haftbar wird¹⁴. Insofern gilt auch für ihn dasselbe, was bereits zum offenen Vertreter ausgeführt wurde: Seine Treuepflicht aus dem Verwaltungsratsmandat geht seinen Pflichten aus der zusätzlichen individuellen Bindung an die Konzernleitung vor.

Etwas anders stellt sich die Situation für den fiduziarischen Verwaltungsrat der zu hundert Prozent beherrschten Konzerngesellschaft dar¹⁵. Da solchermassen dominierten Gesellschaften «das eigentliche gesellschaftliche Substrat fehlt»¹⁶, existieren auch keine gesellschaftseigenen Interessen, die schutzfähig wären¹⁷. Die Interessen der Gesellschaft sind hier identisch mit denjenigen des Alleinaktionärs¹⁸. Der fiduziarische Verwaltungsrat ist deshalb gar nicht in der Lage, durch Ausführung von dessen Anordnungen seine Treuepflicht gegenüber jener zu verletzen. Befolgt er die Weisungen der Konzernleitung und entsteht der abhängigen Gesellschaft dadurch ein Nachteil, so ist die einzige «Geschädigte» wiederum die weisungserteilende Obergesellschaft als Alleinaktionärin der letzteren. Diese kann nun aber keinesfalls Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen; zum einen, weil ein solches Vorgehen ohne Zweifel rechtsmissbräuchlich wäre, zum andern aber, weil ihr gar kein «Schaden» im Sinne des Verantwortlichkeitsrechtes entstanden ist. Ein solcher bedingt nämlich eine Vermögensverminderung

¹³ Vgl. vorne Abschn. 11.3.2.4.

¹⁴ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 707 N 34; Thalmann 60; von Planta 62 mit weiteren Verweisen.

¹⁵ Die folgenden Überlegungen gelten ebenso für den offen auftretenden Verwaltungsrat einer solchen Gesellschaft; vgl. dazu vorne Abschn. 12.2.1. und FN 11.

¹⁶ So das Zürcher Obergericht in ZR 58 (1959) Nr. 70, 189.

¹⁷ Vgl. Jäggi 5.

¹⁸ Vgl. von Planta 62.

ohne oder wider Willen des Geschädigten¹⁹, was ja hier gerade nicht vorliegt. In diesem Spezialfall ist der fiduziarische Verwaltungsrat deshalb grundsätzlich berechtigt, Weisungen der Konzernleitung ohne weitere Prüfung entgegenzunehmen und zu befolgen; eine Haftung für in Beachtung der Anordnungen verursachten Schaden besteht hier nicht.

Dies bedeutet nun allerdings nicht, dass der Verwaltungsrat der vollständig beherrschten Konzerngesellschaft durch die Vorschriften von OR 754ff. nicht berührt würde. Führen seine auftragsgemässen Handlungen nämlich zum Konkurs der Gesellschaft, so treten in Form der Gläubiger plötzlich wieder wahre Geschädigte auf, die ihn wie jeden anderen Verwaltungsrat für seine Pflichtverletzungen ins Recht fassen können²⁰. Daneben kann er noch in einem weiteren Fall belangt werden: Schädigt er die abhängige Gesellschaft ohne ausdrücklichen Auftrag der Konzernleitung, z.B. aus Fahrlässigkeit, so ist letztere hier wiederum berechtigt, in ihrer Eigenschaft als Aktionärin Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen²¹.

Im Endeffekt ist die Situation für den fiduziarischen Verwaltungsrat in der vollständig abhängigen Gesellschaft deshalb kaum vorteilhafter als in der bloss mehrheitlich beherrschten AG. Da er zum voraus nie genau wissen kann, ob die Befolgung einer Weisung schlussendlich nicht zum Konkurs der Gesellschaft führt oder ob die Konzernleitung bei Fehlschlagen einer Aktion nicht ihre Weisung zu seinen Lasten uminterpretiert, wird auch er mit Vorteil offensichtlich gesellschaftsschädigende Anordnungen nicht ausführen. Damit befindet er sich aber, wenn auch in abgeschwächter Form, wiederum im gleichen Dilemma wie alle übrigen abhängigen Verwaltungsräte. Seine scheinbar privilegierte Stellung erweist sich somit als weitgehend illusorisch.

¹⁹ Vgl. vorne Abschn. 8.4.1.

²⁰ Dasselbe gilt auch ausserhalb des Konkurses für den Fall, dass eine unmittelbare Schädigung der Gläubiger stattfindet.

²¹ Das gleiche Recht besitzt natürlich auch die geschädigte Gesellschaft selbst, wobei hier wohl vorerst eine neue Verwaltung gewählt werden müsste, welche von der Generalversammlung den Auftrag erhielte, den «alten» Verwaltungsrat zu belangen.

12.3. Die Verantwortlichkeit des konzernfreien Verwaltungsrates

12.3.1. Im Falle des Minderheitenvertreters²²

Die Stellung des Minderheitenvertreters im Verwaltungsrat der Konzerngesellschaft weist insofern gewisse Parallelen zu derjenigen seines abhängigen Kollegen auf, als auch er bei Ausübung seines Amtes auf gewisse Drittinteressen Rücksicht zu nehmen hat²³. Als Vertreter einer Minorität in einem demokratischen System wird von ihm erwartet, dass er die Interessen dieser Minderheit wahrt und sie insbesondere vor Übergriffen der Majorität so gut als möglich schützt. Seine diesbezügliche Verpflichtung ist dabei nicht vertraglicher, sondern gesetzlicher Natur²⁴; die Formulierung eines speziellen Auftrages wie etwa beim abhängigen Verwaltungsrat erübrigt sich deshalb. Dies hat wiederum zur Folge, dass die vertretene Minderheit ihrem Vertreter gegenüber keine rechtlich durchsetzbare Weisungsbefugnis besitzt²⁵. Will sie trotzdem nicht auf konkrete Anordnungen verzichten, so bleibt ihr zu deren Durchsetzung einzig die Möglichkeit, faktischen Druck auf den Verwaltungsrat auszuüben. Dazu ist sie allerdings auch ohne weiteres in der Lage, da sie ja ein verbindliches Vorschlagsrecht bei Wahl und Abberufung ihres Vertreters durch die Generalversammlung besitzt²⁶. Im Endeffekt wird der Minderheitenvertreter deshalb auch ohne rechtliche Verpflichtung stets bestrebt sein, die Wünsche der von ihm vertretenen Gruppe auszuführen.

²² Die Bezeichnung «Minderheitenvertreter» für den hier behandelten Verwaltungsrat ist im Grunde etwas irreführend, da sie eine institutionalisierte Vertretung der Aktienminderheit in der Konzerngesellschaft suggeriert. Effektiv besteht eine solche Vertretung indessen nur dann, wenn sie in Anwendung von OR 708 V statutarisch vorgesehen ist, was nur selten vorkommt, oder wenn die Minderheitsaktionäre zugleich eine von mehreren Aktienkategorien repräsentieren. Bestehen weder verschiedene Aktienkategorien noch einschlägige Statutenbestimmungen, so ist die vom Konzern unabhängige Aktienminderheit idR im Verwaltungsrat überhaupt nicht vertreten; dies dürfte in der Praxis den Normalfall darstellen.

²³ Auch der Minderheitenvertreter ist somit in gewissem Masse «abhängig», wenn auch nicht von der Konzernleitung.

²⁴ Vgl. Thalmann 42.

²⁵ Vgl. Wenninger 167; von Planta 60 mit weiteren Verweisen. Das Fehlen einer solchen ergibt sich aus dem Umstand, dass eine vertragliche Grundlage dazu nicht existiert und ein gesetzliches Weisungsrecht abzulehnen ist; vgl. dazu auch Thalmann 49 f.

²⁶ Vgl. Thalmann 50 sowie vorne Abschn. 11.2.2.1.

Eine Grenze muss dieses Bestreben allerdings auch hier wieder am zwingend zu beachtenden Gesellschaftsinteresse finden. So wenig wie der abhängige Verwaltungsrat Weisungen befolgen darf, welche die Konzerngesellschaft schädigen, so wenig ist dies dem Minderheitenvertreter erlaubt. Auch in seinem Fall ist die Wahrung des Wohles der Konzerngesellschaft oberstes Prinzip, dem er seine Sonderinteressen unterzuordnen hat²⁷. Missachtet er diesen Grundsatz und lässt sich auf Druck der von ihm vertretenen Gruppe zu Handlungen hinreissen, die der Gesellschaft Schaden zufügen, so wird er dieser, ihren Aktionären²⁸ sowie allenfalls den Gesellschaftsgläubigern dafür haftbar²⁹. Anzuwenden sind auch hier wiederum die Vorschriften von OR 754ff.

12.3.2. Im Falle der «unabhängigen Persönlichkeit»

Die «unabhängige Persönlichkeit» stellt bezüglich ihrer Verantwortlichkeit die wohl unproblematischste Verwaltungsratskategorie dar. Im Gegensatz zu allen anderen Ausprägungen ist sie weder gesetzlich noch vertraglich zur Beachtung irgendwelcher Drittinteressen verpflichtet, womit die den übrigen Verwaltungsratsmandaten eigene Problematik der doppelten Bindung von vornherein entfällt. Der Inhaber eines solchen «unabhängigen» Mandates hat somit, wie jeder «gewöhnliche» Verwaltungsrat, einzig die aus seinem Rechtsverhältnis mit der Konzerngesellschaft fliessenden Verpflichtungen zu beachten³⁰. Fordert ihn die Konzernleitung zu einem bestimmten Verhalten auf, so ist er deshalb nicht gehalten, diesem Wunsch nachzugeben. Dies gilt selbst dann, wenn die Befolgung des Begehrens keine Schädigung der abhängigen Gesellschaft zur Folge hätte. Im letzteren Fall steht es dem Verwaltungsrat anderseits frei, die Wünsche der Konzerngesellschaft zu beachten; dies geschieht dann allerdings völlig freiwillig und ohne

²⁷ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 708 N 58; Caflisch 142; Wenninger 168 sowie BGE 66 II 51.

²⁸ Geschädigt und klageberechtigt ist hier in erster Linie die Obergesellschaft als Mehrheitsaktionärin.

²⁹ Vgl. Benoît 322; Münch 91.

³⁰ Vgl. vorne Abschn. 7.3.

rechtliche Verpflichtung³¹. In jedem Fall wird der Verwaltungsrat aber prüfen müssen, ob die Erfüllung der Wünsche der Obergesellschaft mit seiner Interessenwahrungspflicht vereinbar ist. Verletzt er diese nämlich, sei es auf Druck der Konzernleitung, sei es aus eigenem Antrieb, und entsteht der Konzerngesellschaft dadurch Schaden, so haftet auch er aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit im Rahmen der vorne dargestellten Grundsätze³².

³¹ Die Bereitschaft, den Wünschen der Konzernleitung «freiwillig» Folge zu leisten, wird allerdings regelmässig vorhanden sein in Anbetracht der Tatsache, dass letztere entscheidenden Einfluss auf eine allfällige Verlängerung des Mandates hat; eine rechtliche Durchsetzungsmöglichkeit besteht hingegen mangels Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht.

³² Vgl. § 8.

§ 13 Einzelfragen zur Verantwortlichkeit

13.1. Vorbemerkung

Im folgenden Abschnitt sollen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einige Detailfragen aufgegriffen werden, die sich im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit in der abhängigen Konzerngesellschaft direkt oder indirekt stellen. Ziel dieses Vorgehens ist es, zu zeigen, wie weit die soeben dargestellten Haftungsgrundsätze in den täglichen Entscheidungsprozess der Verwaltung der Gesellschaft eingreifen und wie hoch die Anforderungen sind, die bei der heutigen Rechtslage an den betroffenen Verwaltungsrat bei jeder einzelnen seiner Entscheidungen gestellt werden müssen. Zugleich sollen die aufgeführten Themenbereiche – denen weitere zugefügt werden könnten – einmal mehr belegen, wie problematisch sich die heutige Situation für den Verwaltungsrat nur schon von den rechtlichen Ansprüchen her darstellt; von den seine Lage noch verschärfenden faktischen Zwängen soll dann im nächsten Kapitel die Rede sein.

13.2. Das Gesellschaftsinteresse als Entscheidungskriterium des Verwaltungsrates

In den vorhergehenden Ausführungen wurde mehrfach betont, dass der Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft seine Handlungen und Entscheide allein auf das Gesellschaftsinteresse der letzteren auszurichten hat und dass allfällige Interessen Dritter diesem Gesichtspunkt unterzuordnen sind. Das Interesse der abhängigen Gesellschaft ist mit anderen Worten das massgebliche Entscheidungskriterium, an welchem der Verwaltungsrat seine gesamte Tätigkeit messen muss. Nun sagt der Begriff «Gesellschaftsinteresse» als solcher allerdings nur wenig aus. Es stellt sich deshalb die Frage, was darunter eigentlich zu verstehen ist.

Rein grammatikalisch betrachtet, zeichnet sich der fragliche Ausdruck dadurch aus, dass er aus zwei Komponenten zusammengesetzt ist: dem

«Interesse» und der «Gesellschaft». Beide Teile sind erläuterungsbedürftig, wenn auch in unterschiedlichem Masse.

Relativ problemlos ist die Festlegung des Begriffes «Interesse». Der Ausdruck kann allgemein aufgefasst werden als «Wert, den ein Lebensgut für eine bestimmte Person hat»¹. Das Interesse ist somit ein Synonym für «Anteilnahme, Belang, Wert, Bedeutung»².

Bedeutend anspruchsvoller gestaltet sich demgegenüber die Auseinandersetzung mit dem Begriff «Gesellschaft». Das Problem liegt hier allerdings nicht in der sprachlichen Bewältigung des Ausdruckes, die hier weniger interessiert. Problematisch ist vielmehr die Beantwortung der Frage, woraus sich die «Gesellschaft» im Zusammenhang mit oberwähntem Interesse konkret zusammensetzt. Oder, mit anderen Worten: Wer repräsentiert die Gesellschaft bei der Festlegung ihres Interesses? Wer bestimmt, was in ihrem Interesse ist und was nicht? Es liegt auf der Hand, dass mit der Antwort auf diese Frage zugleich auch der Inhalt des Begriffes des Gesellschaftsinteresses präjudiziert wird.

Auszugehen ist von der Feststellung, dass «die Organisationsform der AG ein Spannungsfeld schafft, in dessen Bereich die verschiedensten Interessen mit besonderer Intensität aufeinanderstossen»³. In der und um die Gesellschaft herum existieren die verschiedensten Gruppen, die jeweils ganz unterschiedliche Vorstellungen davon haben, was im Gesellschaftsinteresse liegt und was nicht. Zu nennen sind hier in erster Linie die verschiedenen Aktionärstypen, daneben aber auch die Gläubiger, die Arbeitnehmer und in gewissem Mass sogar die Öffentlichkeit. Da die Aktiengesellschaft als solche nun aber eine blossе Organisationsform darstellt und demzufolge über keine originären Interessen verfügen kann, ist das Gesellschaftsinteresse zwangsläufig identisch mit demjenigen einer oder mehrerer der oberwähnten beteiligten Gruppen.

Über die Frage, welchem dieser Interessen das Aktienrecht seinen Schutz gewähren und es damit zu Gesellschaftsinteresse emporheben soll, wurde jahrzehntelang diskutiert. Dabei wurden ursprünglich drei Auffassungen vertreten⁴. Eine erste, individualistische genannt, betrachtet allein die In-

¹ Schluep, wohlerworbene Rechte 362.

² Schluep, wohlerworbene Rechte 362.

³ Weiss N 140.

⁴ Das nachfolgend erläuterte Begriffssystem geht auf Radbruch (Rechtsphilosophie 147 ff.) zurück und wurde von Goldschmidt (Grundfragen II ff.) erstmals auf das Aktienrecht angewandt; seither hat es seinen festen Platz in der Aktienrechtstheorie gefunden; vgl. Schluep, wohlerworbene Rechte 385 f. FN 2.

teressen der einzelnen Aktionäre als schützenswert und ordnet diesen alle anderen Interessen unter. Die zweite, sog. überindividualistische Lehre, stellt auf die Gemeinschaft ab: Danach ist nicht das Interesse des einzelnen Aktieninhabers, sondern dasjenige der Gesamtheit aller gegenwärtigen und zukünftigen Aktionäre Schutzobjekt der Rechtsordnung. Noch einen Schritt weiter geht die dritte, transpersonale Auffassung: Hier wird das «Unternehmen an sich» mit all seinen Bestandteilen als schützenswert erklärt, da es nach Ansicht dieser Lehre als Objekt des Allgemeininteresses betrachtet wird⁵.

Heute kann dieser Meinungsstreit allerdings weitgehend als überwunden gelten, da inzwischen der überwiegende Teil der Doktrin im Anschluss an Schluep⁶ eine zwischen den verschiedenen Auffassungen vermittelnde These vertritt⁷. Nach heute herrschender Ansicht vereinigt das rechtlich geschützte Gesellschaftsinteresse im Sinne eines Ausgleichsprinzipes die schützenswerten Interessen aller Beteiligten, die sich in der Sorge um die Erhaltung des Unternehmens zusammenfinden⁸. Die Betrachtungsweise ist dabei eine funktionale: Das Interesse des Unternehmens wird nicht um seiner selbst willen geschützt, sondern wegen der an jenem Beteiligten⁹. Entsprechend vermögen deren Interessen auch nur soweit Bestandteil des Gesellschaftsinteresses sein, als sie die Sicherung des gewinnerzielenden Unternehmens anstreben; egoistische Eigeninteressen zulasten anderer Beteiligter finden demgegenüber keinen Platz. In diesem Sinne stellt sich das Gesellschaftsinteresse letztlich als übergeordnete Grösse dar, in welcher sich die einzelnen berechtigten Interessen zu einen und ihren Widerstreit zu überwinden vermögen¹⁰.

Welche Bedeutung haben diese eher abstrakten Feststellungen nun konkret für den Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft? Vorerst

⁵ Eine ausführliche Darstellung und Kritik der einzelnen Meinungen findet sich bei Schluep, *wohlerworbene Rechte* 386 ff.; zum gleichen Thema vgl. auch Weiss N 148 ff.; Bürgi, *Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 698–731 N 81 ff.*; Nenninger 65.

⁶ Vgl. *wohlerworbene Rechte* 401.

⁷ So Bürgi, *Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 698–731 N 84*; Vischer/Rapp 149; Nenninger 66. A.M. demgegenüber Bär, *Minderheitenschutz* 369 ff. und Fragen 511 ff., der die Figur des das Gesellschaftsinteresse repräsentierenden «typischen Aktionärs» entwickelt hat; seine Ansicht vermochte sich indessen nicht durchzusetzen und wurde insbesondere vom BGer in BGE 95 II 164 ausdrücklich abgelehnt.

⁸ Vgl. Albers 95 mit weiteren Verweisen.

⁹ Vgl. Nenninger 66.

¹⁰ Vgl. Schluep, *wohlerworbene Rechte* 400 f.

einmal bieten sie ihm sicher eine notwendige Auslegungshilfe. Erst indem er das Gesellschaftsinteresse, das er ja bei all seinen Handlungen zu beachten hat, richtig versteht, ist es ihm überhaupt möglich, Gesellschaftsschädigungen bewusst zu vermeiden. Gleichzeitig wird mit obiger Definition klar, dass auch das Konzerninteresse ein Bestandteil des Gesellschaftsinteresses ist und entsprechend Anspruch auf Berücksichtigung hat¹¹. Erhält der abhängige Verwaltungsrat eine Weisung der Konzernleitung, deren Verträglichkeit mit dem Gesellschaftsinteresse er vor Ausführung ja zu prüfen hat, so darf er somit auch das Konzerninteresse mit ins Kalkül ziehen. Allerdings besitzt dieses nicht mehr Wert als die übrigen zu berücksichtigenden Teilinteressen. Trotzdem kann der Umstand, dass das Konzerninteresse zu berücksichtigen ist, in bestimmten Situationen einer ansonsten als schädlich zu bewertenden Handlung einen neutralen oder gar positiven Charakter verleihen¹². Als Beispiel dazu mag hier der Fall dienen, in welchem der Konzerngesellschaft zwei verschiedene Möglichkeiten zum Einkauf ihrer Rohstoffe zur Verfügung stehen. Ist bei gleichen sonstigen Konditionen Lieferant A preislich attraktiver, so ist grundsätzlich seine Offerte vorzuziehen. Ist der Preisvorteil von A andererseits relativ gering, Lieferant B hingegen als zukünftiger Geschäftspartner für andere Konzerngesellschaften von grosser Wichtigkeit, so kann das Interesse des Gesamtkonzerns an einer Entscheidung für B u.U. dermassen gross sein, dass dessen Bevorzugung trotz nomineller Unterlegenheit letztendlich auch im wohlverstandenen Gesellschaftsinteresse liegt¹³. Es ist klar, dass die Abgrenzung in solchen Fällen überaus schwierig ist und dass eine Entscheidung nur einzelfallweise unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände getroffen werden kann. Gerade durch dieses Beispiel wird aber belegt, dass der Verwaltungsrat bei seinem Entscheidungsprozess betreffend Weisungsbefolgung sich keinesfalls mit einer eindimensionalen, rein zahlenmässigen «Milchmäddenrechnung» begnügen darf, sondern dass er sich der Problematik in all ihrer

¹¹ Dies folgt aus der Aktionärs-eigenschaft der das Konzerninteresse vertretenden Obergesellschaft; vgl. zu dieser Thematik auch Nenninger 92 ff. und, mit abweichendem Ergebnis, Uttendoppler 151 ff.

¹² Gl. M. offenbar Albers 97 f.

¹³ Eine entsprechende Weisung der Konzernleitung wäre hier somit zulässig. Sie wird idR trotz der Verpflichtung des abhängigen Verwaltungsrates zur selbständigen Bestimmung des Gesellschaftsinteresses auch notwendig sein, will die Konzernleitung nicht das Risiko eingehen, dass zufolge mangelnder oder falsch interpretierter Information schliesslich doch das «falsche» Angebot gewählt wird.

Komplexität annehmen und durch sorgfältiges Abwägen aller beteiligten Interessen versuchen muss, den ominösen Begriff des Gesellschaftsinteresses so zu erfassen, dass seine Interpretation auch einer späteren kritischen Betrachtung standhält.

13.3. Das Informationsproblem des konzernfreien Verwaltungsrates

Wie aus dem eben Ausgeführten deutlich hervorgeht, werden an den Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft hohe Anforderungen gestellt bezüglich seiner Fähigkeit, das Gesellschaftsinteresse zu beurteilen. Grundvoraussetzung zur Erfüllung dieser Ansprüche ist aber, dass dem betreffenden Verwaltungsrat alle zu berücksichtigenden Interessen überhaupt bekannt sind. Stellt dies schon beim abhängigen Verwaltungsrat unter Umständen ein Problem dar, obwohl er doch durch seine Beziehungen zur Obergesellschaft die notwendigen Informationen ohne weiteres beschaffen können sollte¹⁴, so trifft dies noch viel mehr für den konzernfreien Verwaltungsrat zu¹⁵: Durch seine Unabhängigkeit vom Konzern stehen ihm nämlich bedeutend weniger Informationsquellen offen als seinem abhängigen Kollegen; insbesondere werden ihm aus Geheimhaltungsgründen nur selten die Führung des Gesamtkonzerns betreffende Informationen zugänglich sein. Der freie Verwaltungsrat unterliegt somit zwangsläufig einem nicht unbeträchtlichen Informationsrückstand, was eine korrekte Beurteilung des Gesellschaftsinteresses natürlich erschwert. Es stellt sich deshalb die Frage, ob diese unverschuldete Benachteiligung nicht Auswirkungen auf die Haftung des Verwaltungsrates zeitigen muss.

Bei der Lösung dieses Problems ist vom objektiven Verschuldensmassstab auszugehen. Wie vorne bereits dargelegt, nimmt dieser Mass am Verhalten eines gewissenhaften Menschen desselben Verkehrskreises unter den gleichen Umständen¹⁶. Damit ist bereits gesagt, dass vom freien Verwaltungsrat bei seiner Interessenabwägung nicht der gleiche Informationsstand erwartet wird wie von seinem abhängigen Kollegen, dass er andererseits aber doch verpflichtet ist, alles ihm Mögliche und Zumutbare zu unternehmen, um sich die zur

¹⁴ Vgl. vorne Abschn. 11.3.2.4.

¹⁵ Die folgenden Ausführungen beziehen sich sowohl auf den Minderheitenvertreter als auch auf die «unabhängige Persönlichkeit», da beide diesbezüglich der gleichen Problematik unterliegen.

¹⁶ Vgl. Abschn. 8.4.4. sowie Forstmoser, Verantwortlichkeit N 292 ff.

Entscheidfindung benötigten Informationen zu beschaffen. In concreto bedeutet dies für den freien Verwaltungsrat, dass er sämtliche ihm zugänglichen Berichte und Ausführungen kritisch zu prüfen hat und insbesondere während der Verwaltungsratssitzungen durch gezielte Ausübung seines Fragerechtes versuchen muss, seinen Wissensstand zu heben¹⁷. Ist die Geschäftsführung an eine Geschäftsleitung delegiert, so hat er die damit betrauten Personen seriös zu überwachen und sich über ihre Tätigkeit zu informieren. Auch hier wird von ihm erwartet, dass er sich mit den ihm freiwillig vorgesetzten Informationen nicht begnügt, sondern die wichtigen Zusammenhänge hinterfragt. Das dem Verwaltungsrat in OR 713 gesetzlich zugestandene Auskunftsrecht wird damit zu einem wichtigen Instrument zur Verringerung seines Informationsrückstandes¹⁸. Setzt er dieses richtig ein, das heisst soweit, als dadurch eine vernünftige Zusammenarbeit mit den abhängigen Kollegen nicht verunmöglicht wird, und entscheidet er anschliessend aufgrund des ihm so zugekommenen Wissensstandes, so hat er seine Informationsbeschaffungspflichten erfüllt und muss sich diesbezüglich ein Verschulden nicht entgegenhalten lassen, falls die Gesellschaft trotzdem Schaden erleiden sollte¹⁹.

Der Informationsrückstand des freien Verwaltungsrates hat somit durchaus Auswirkungen auf seine Verantwortlichkeit. In der Praxis werden sich die Vorteile allerdings auf den relativ selten vorkommenden Fall beschränken, in welchem dem Verwaltungsrat überhaupt kein Verschulden vorgeworfen werden kann. Liegt hingegen auch nur ein leichtes Verschulden vor, so haftet er gemäss der bis heute vom Bundesgericht vertretenen Haltung zur Solidarität im Aussenverhältnis²⁰ vollumfänglich und unbesehen seiner Informationslage²¹. Ein solches leichtes Verschulden wird sich

¹⁷ Vgl. Albers 103 f.

¹⁸ Vgl. Albers 104; zum Auskunftsrecht im einzelnen vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 713 N 4 ff.

¹⁹ Damit ist nicht gesagt, dass der freie Verwaltungsrat durch sorgfältige Informationsbeschaffung jegliches Risiko auszuschalten vermag. Sehr oft kommt es nämlich vor, dass er um die schädigenden Wirkungen eines Beschlusses zwar weiss oder sie zumindest ahnt, sie hingegen zufolge seiner Minoritätsstellung im Verwaltungsrat nicht verhindern kann. Welche Massnahmen ihn in diesem Falle vor einer Klage zu schützen vermögen, wird hinten in Abschn. 19.4. noch zu erläutern sein.

²⁰ Vgl. vorne Abschn. 8.6.1.

²¹ Der Umstand, dass dem belangten freien Verwaltungsrat intern der Rückgriff auf seine stärker belasteten abhängigen Kollegen offensteht, ist hier nur ein geringer Trost, da gerade diese oft wenig solvent sind.

aber regelmässig finden lassen, und sei es nur dadurch, dass dem freien Verwaltungsrat vorgeworfen werden kann, er habe sich mit den erteilten Informationen zu schnell zufrieden gegeben. Die in der Theorie funktionierende haftungsrechtliche Berücksichtigung seiner speziellen Lage wird damit in praxi weitgehend ausgeschaltet. Die Stellung des freien Verwaltungsrates ist folglich im Endeffekt bei weitem nicht so komfortabel, wie dies bei oberflächlicher Betrachtung den Anschein machen könnte; auch er ist damit ein Opfer der fehlenden konzernrechtlichen Bestimmungen.

13.4. Die besondere Problematik der Doppelorganschaft

In Abschn. 12.2. wurde festgestellt, dass die rechtliche Ursache für die unbedingte Verpflichtung des abhängigen Verwaltungsrates auf die Wahrung der Interessen der Konzerngesellschaft darin liegt, dass seine Sorgfalts- und Treuepflicht zwingender Natur ist und entsprechend allen Vereinbarungen mit der Konzernleitung vorgeht. Ist der abhängige Verwaltungsrat nun aber zugleich Organ der Obergesellschaft, so stehen sich nicht mehr nur ein Auftrag und ein Verwaltungsratsmandat gegenüber, sondern es konkurrieren sich zwei grundsätzlich gleichberechtigte Organverhältnisse²². Trotzdem gilt nach einhelliger Doktrin auch in diesem Fall das Primat des Interesses der Konzerngesellschaft²³. Es stellt sich hier die Frage, ob und mit welcher Begründung diese Ansicht haltbar ist.

Zur Lösung dieser Problems ist vorerst die Sachlage noch etwas näher zu skizzieren. Im Normalfall stellt sich diese so dar, dass der Verwaltungsrat der Obergesellschaft nach Gründung oder Übernahme der Konzerngesellschaft eines seiner Mitglieder in deren Verwaltungsrat «entsendet»²⁴. Nach erfolgter Wahl sieht sich dieses dann allerdings bald einmal dem Problem gegenüber, entweder primär die Interessen des Konzerns zu wahren und somit unter Umständen seine Treuepflicht der abhängigen Gesellschaft gegenüber zu verletzen oder dies nicht zu tun und damit möglicherweise seine Organpflichten der Obergesellschaft gegenüber zu missachten. Auf den ersten Blick scheint das Problem unlösbar, da, anders als bei den übrigen abhängigen Verwaltungsräten, sich hier zwei zwingende aktienrechtliche Ver-

²² Vgl. Albers 87 sowie vorne Abschn. 12.2.1.

²³ Vgl. Vischer, Verantwortung 88 f.; Albers 88; Thalmann 44 f. mit weiteren Verweisen.

²⁴ D.h. in concreto mit seiner Stimmenmacht durch die Generalversammlung der Konzerngesellschaft wählen lässt.

pflichtungen gegenüberstehen. Bei näherer Betrachtung stellt man indes- sen fest, dass der zwingende Charakter der Interessenwahrungspflicht ge- genüber der Konzernleitung nichts am Vorrang des Interesses der abhängi- gen Gesellschaft zu ändern vermag. Eine Schädigung der letzteren durch das doppelte Organ würde nämlich ungeachtet der Natur ihres Rechtsgrun- des auf jeden Fall einen Verstoss gegen zwingendes Aktienrecht - nämlich gegen die Treuepflicht gegenüber der Konzerngesellschaft - bedeuten und könnte entsprechend rechtlich nicht begründet werden. Umgekehrt ist eine Hintanstellung des Konzerninteresses hinter die Interessen der abhängigen Gesellschaft nicht als Verstoss gegen die Treuepflicht der Obergesellschaft gegenüber zu werten, da das Aktienrecht eben primär die Gesellschafts- und nicht die Konzerninteressen schützt. Das Primat der Interessenwah- rungspflicht gegenüber der Konzerngesellschaft wird deshalb zu Recht postuliert; der herrschenden Doktrin ist zuzustimmen.

13.5. Strafrechtliche Aspekte der Verantwortlichkeit

Bis anhin war in der vorliegenden Arbeit stets von der zivilrechtlichen Ver- antwortlichkeit die Rede, welcher der Verwaltungsrat der abhängigen Kon- zerngesellschaft unterliegt. Es darf nun aber nicht übersehen werden, dass das Aktienrecht nicht der einzige Normenkomplex ist, den der Verwal- tungsrat bei seiner Amtsführung zu beachten hat. Vielmehr enthält auch das Strafgesetzbuch verschiedene Vorschriften, die für die Tätigkeit der Or- gane in der Konzerngesellschaft im allgemeinen und für den abhängigen Verwaltungsrat im besonderen von Bedeutung sind.

An erster Stelle zu erwähnen ist hierbei sicher Art. 159 StGB. Gemäss dieser Vorschrift macht sich strafbar, «wer jemanden am Vermögen schä- digt, für das er infolge einer gesetzlichen oder einer vertraglich übernom- menen Pflicht sorgen soll». Genau dieser Tatbestand wird nun aber erfüllt, wenn der abhängige Verwaltungsrat in Befolgung von Konzernweisungen Geschäfte zum Nachteil «seiner» Gesellschaft tätigt. Entsprechend geht die Doktrin auch davon aus, dass grundsätzlich jede vorsätzlich begangene und der betroffenen Gesellschaft zum Schaden gereichende Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrates eine ungetreue Geschäfts- führung im Sinne von Art. 159 StGB darstellt²⁵. Dabei spielt es keine

²⁵ Vgl. N. Schmid, ZStR 258 f. mit Judikaturhinweisen; derselbe, SAG 113 und, speziell für den abhängigen Verwaltungsrat, 116.

Rolle, ob die Schädigung Folge eines aktiven Handelns oder eines Unterlassens notwendiger Vorkehren ist²⁶. Ebenso ist es, zumindest nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, zur Erfüllung des Tatbestandes noch nicht einmal notwendig, dass eine effektive Drittschädigung vorliegt. Eine Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsführung ist deshalb selbst dann möglich, wenn einzige Geschädigte die vollständig beherrschte Konzerngesellschaft ist²⁷.

Bei der rechtlichen Beurteilung der Handlungsweise des betroffenen Verwaltungsrates sind die Anforderungen bezüglich der Annahme einer Sorgfaltspflichtverletzung allerdings generell auf ein «vernünftiges, mit dem praktischen Leben in Einklang stehendes Mass»²⁸ zu beschränken. Trotzdem läuft der eine Konzernweisung befolgende Verwaltungsrat unter diesen Umständen natürlich stets Gefahr, nicht nur mit einer Verantwortlichkeitsklage konfrontiert, sondern gleichzeitig auch noch strafrechtlich belangt zu werden. Bis heute hat sich diese Bedrohung jedoch nur selten realisiert, sind doch aktenkundige Strafprozesse gegen Verwaltungsräte wegen Verletzung von Art. 159 StGB recht spärlich²⁹. Dies könnte sich indessen in Zukunft ändern. Die Vermutung, dass der steigenden Anzahl ziviler Verantwortlichkeitsprozesse über kurz oder lang eine Zunahme der Verfahren wegen ungetreuer Geschäftsführung folgen wird, dürfte jedenfalls nicht völlig von der Hand zu weisen sein.

Neben Art. 159 StGB gibt es noch eine ganze Reihe weiterer Bestimmungen, mit welchen der abhängige Verwaltungsrat in Konflikt geraten kann. Zu nennen sind hier vor allem verschiedene Urkunden- bzw. Konkurs- und

²⁶ Vgl. Wohlmann 65 ff.; Stratenwerth § 14 N 11 f. mit Verweisen; vgl. auch BGE 80 IV 247, wo selbst die Unterlassung einer Vermögensverwaltung als ungetreue Geschäftsführung qualifiziert wurde.

²⁷ Vgl. BGE 97 IV 16 mit Verweis auf BGE 85 IV 231. Diese Auffassung wird allerdings von einem Teil der Lehre m.E. zu Recht mit dem Argument abgelehnt, dass das Strafrecht nicht die Aufgabe haben könne, den Bestand der Gesellschaft als Selbstzweck zu schützen; so Bucher 165 ff.; Vischer, Verantwortung 90; Stratenwerth § 14 N 17; derselben Ansicht nun auch, unter Berufung auf Obgenannte, das Kantonsgericht St. Gallen in SJZ 81 (1985) 328 f.

²⁸ N. Schmid, SAG 113 mit Verweis auf Bürgi, Kommentar, Art. 722 N 3; gerade diese Forderung scheint indessen das BGer von Zeit zu Zeit etwas aus den Augen zu verlieren, wie oberwähnte Entscheide zeigen.

²⁹ Vgl. dazu Bucher 172; N. Schmid, SAG 116.

Betreibungsdelikte³⁰. Was erstere betrifft, so ist der abhängige Verwaltungsrat hier deshalb besonders gefährdet, weil die von ihm allenfalls verlangten Benachteiligungen der Konzerngesellschaft nicht selten nur durch illegale Manipulationen bestimmter Urkunden erreicht werden können. Zu denken ist hierbei vor allem an fingierte konzerninterne Rechnungen, unrichtige Lieferbescheinigungen, vor- oder rückdatierte Verträge oder «friesierte» Bilanzposten³¹. All diese, in der Praxis gar nicht selten vorkommenden Sachverhalte erfüllen regelmässig den Tatbestand der Urkundenfälschung oder verwandter Delikte³² und führen somit zur Strafbarkeit des daran beteiligten Verwaltungsrates. Dasselbe gilt auch für die verschiedenen Konkurs- und Betreibungsdelikte³³: Steht die abhängige Gesellschaft vor dem oder im Konkurs, so werden gewisse Konzernleitungen nicht zögern, vom abhängigen Verwaltungsrat eine Benachteiligung der Drittgläubiger zu verlangen. Gibt er diesem Ansinnen nach, so wird er auch hier nicht nur zivil- sondern auch strafrechtlich verantwortlich für seine Handlungen.

Es bleibt somit festzustellen, dass das Strafrecht die zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsvorschriften im Interesse der potentiellen Geschädigten nicht unwesentlich verstärkt. In praktisch allen Fällen, in denen eine Haftung nach OR 754 gegeben ist, könnte zugleich zumindest theoretisch auch ein Strafverfahren gegen den Betroffenen eröffnet werden. Damit zeigt sich aber wiederum deutlich, wie unbefriedigend die heutige Rechtslage ist, welche auf der einen Seite den Konzern als Rechtskonstruktion zulässt, auf der anderen Seite aber einen grossen Teil der dieser Erscheinung eigenen Mechanismen entweder nicht regelt oder untersagt und z.T. sogar unter Strafe

³⁰ Neben den nachfolgend aufgezählten kann ein Verwaltungsrat im Zusammenhang mit der Ausübung seines Mandates natürlich noch weitere Delikte begehen; vgl. dazu etwa die Aufstellung bei Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 4 und Forstmoser, Verantwortlichkeit N 1019 ff. Die Erfüllung dieser Tatbestände ist indessen nicht typisch für die Situation des abhängigen Verwaltungsrates, weshalb sie hier nicht näher behandelt werden.

³¹ Ein anschauliches Beispiel zum ersten Fall findet sich in BGE 110 Ib 127 = Pra. 73 (1984) Nr. 257, wo eine amerikanische Obergesellschaft der schweizerischen Konzerngesellschaft fingierte Rechnungen von über 50 Mio. Fr. stellte, um durch den entsprechenden Gewinnabfluss Steuern in der Schweiz zu sparen. Dieser Fall zeigt im übrigen deutlich, dass neben dem gemeinen auch stets das Fiskalstrafrecht im Auge zu behalten ist.

³² Z.B. der Erschleichung einer falschen Beurkundung (Art. 253 StGB) oder der Unterdrückung von Urkunden (Art. 254 StGB).

³³ Einschlägig sind hier v.a. betrügerischer Konkurs (Art. 163 StGB), Pfändungsbetrug (Art. 164 StGB), Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB) und Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB).

stellt. Dass in der Praxis den strafrechtlichen Normen nur selten Nachachtung verschafft wird, vermag nichts zu entschuldigen, denn zumindest die Wissenschaft darf, wie Bucher zu Recht bemerkt, «bei der Feststellung, dass ein laut verkündeter Grundsatz in den allermeisten Fällen seiner Anwendbarkeit nicht angewendet wird, nicht ruhig bleiben, sondern muss sich die Frage nach der Richtigkeit des Grundsatzes stellen»³⁴.

³⁴ Bucher 173.

§ 14 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

1. Der Verwaltungsrat ist das geschäftsführende Organ der Aktiengesellschaft. Seine Befugnisse richten sich nach Gesetz, Statuten, Reglement und GV-Beschluss. Bei der Ausübung seiner Aufgaben ist er zur Sorgfalt, zur Treue und zur Geheimhaltung seines Wissens verpflichtet.
2. Verletzt ein Verwaltungsrat seine Pflichten, so haftet er der Gesellschaft, ihren Aktionären sowie ihren Gläubigern für den entstandenen Schaden. Als Instrument für die Geltendmachung der entsprechenden Ansprüche dient die Verantwortlichkeitsklage nach OR 754ff. Klagevoraussetzungen sind Schaden, Pflichtwidrigkeit, Kausalzusammenhang und Verschulden des Verwaltungsrates.
3. Die Grundsätze der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gelten unterschiedslos für alle Ausprägungen dieser Gesellschaftsform. Sie sind entsprechend auch bei der abhängigen Konzerngesellschaft anwendbar.
4. Der Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft ist damit verpflichtet, seine Tätigkeit allein auf deren Interessen auszurichten. Eine Berücksichtigung allfälliger Wünsche der Konzernleitung ist ihm nicht gestattet, es sei denn, diese deckten sich mit dem Gesellschaftsinteresse. Dies gilt auch dann, wenn der Verwaltungsrat durch einen Weisungsvertrag grundsätzlich an die Anordnungen der Konzernleitung gebunden ist.
5. Eine Ausnahme vom oberwähnten Grundsatz gilt einzig bei der Einmanngesellschaft. Hier ist die Befolgung von Weisungen des Alleinaktionärs zulässig, solange dadurch keine Schädigung der Gläubiger eintritt. Ansonsten gelten auch in diesem Fall die gewöhnlichen Vorschriften.
6. Verletzt der Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft seine Interessenwahrungspflicht, so haftet er für den entstandenen Schaden nach OR 754ff. Zusätzlich droht ihm u.U. ein Strafverfahren. Eine Entlastung aufgrund seiner besonderen Stellung findet dabei weder im Zivil- noch im Strafprozess statt.

III. Teil

Das faktische Element des Interessenkonfliktes

5. Kapitel:

Die Lage des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft in der Praxis

§ 15 Der Einfluss der Konzernleitung auf die Existenz des Verwaltungsrates

15.1. Bei der Begründung des Mandates

Die Wahl des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft liegt gemäss OR 698 Abs. 2 Ziff. 2 unübertragbar in den Händen der Generalversammlung. Wer diese beherrscht, ist somit in der Lage, die Verwaltung weitgehend nach seinen Wünschen zusammenzustellen. Die personelle Besetzung des Verwaltungsrates einer AG mit klaren Mehrheitsverhältnissen wird deshalb stets entscheidend vom betreffenden Hauptaktionär mitbestimmt.

In Konzernverhältnissen ist die Obergesellschaft Hauptaktionärin der abhängigen Gesellschaft¹. Sie wird es sich deshalb nicht nehmen lassen, bei der Bestellung des Verwaltungsrates der letzteren eine massgebliche Rolle zu spielen. Da sie aufgrund des zwingenden Charakters von OR 698 die Verwaltung nicht direkt ernennen kann², wird sie die ihr geeignet erscheinenden Persönlichkeiten zur Wahl vorschlagen und anschliessend mit ihrer Stimmenmacht auch gleich wählen lassen³. Damit werden die Mitglieder des Verwaltungsrates der abhängigen Gesellschaft zu einem reinen Produkt der Konzernleitung. Dies gilt speziell für den abhängigen Verwaltungsrat, aber auch für die «unabhängige Persönlichkeit», die auch nur

¹ Vielfach ist sie sogar Alleinaktionärin.

² Vgl. dazu auch G. Schucany 31; Wenninger 160; von Planta 16 mit weiteren Verweisen.

³ Zur zusätzlichen Sicherung des Einflusses der Obergesellschaft werden gelegentlich auch statutarisch verankerte Vorschlagsrechte geschaffen oder vertragliche Wahlvereinbarungen getroffen; die Wahl selbst ist aber stets durch die GV vorzunehmen; vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 707 N 31 mit Verweisen.

dann eine Wahlchance besitzt, wenn sie das Vertrauen der Konzernleitung genießt. Etwas eingeschränkt ist der Einfluss der Obergesellschaft einzig im Falle des Minderheitenvertreters. Hier verfügt die vertretene Minderheit über ein verbindliches Vorschlagsrecht, über welches sich die Generalversammlung nur aus wichtigen Gründen hinwegsetzen darf⁴. Statistisch gesehen spielt dieser Fall allerdings nur eine Nebenrolle, da Gesellschaften mit zur Vertretung berechtigten Minderheiten wenig verbreitet sind. Zudem lassen sich im Konfliktfall unschwer die notwendigen wichtigen Gründe finden, mit welchen die Wahl eines der Obergesellschaft nicht genehmen Minderheitenvertreters abgeblockt werden kann⁵. Auch diese Einschränkung vermag somit nichts am Grundsatz zu ändern, dass der Entscheid über die Zusammensetzung des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft in aller Regel allein durch die Konzernleitung getroffen wird.

15.2. Bei der Beendigung des Mandates

Ähnlich wie soeben für die Wahl erläutert, stellt sich auch die Situation bezüglich Beendigung des Verwaltungsratsmandates dar. Ein bei der Obergesellschaft in Ungnade gefallener abhängiger Verwaltungsrat wird anlässlich der nächsten Erneuerungswahl von der Generalversammlung einfach nicht mehr bestätigt werden, sofern er überhaupt noch zur Wahl antritt. Schon vorher kann, sollte die Konzernleitung dies für notwendig erachten, sein Einfluss im Gremium durch eine sachliche und menschliche Isolierung seitens der übrigen abhängigen Verwaltungsräte auf ein Minimum reduziert werden. Erscheint der Obergesellschaft ein weiteres Verbleiben bis zum nächsten ordentlichen Wahltermin auch unter diesen Umständen als untragbar⁶, so kann ein Ausscheiden der betreffenden Person aus dem Verwaltungsrat auch kurzfristig erwirkt werden.

Das Vorgehen ist dabei je nach Stellung des Betroffenen verschieden. Handelt es sich um einen abhängigen Verwaltungsrat, so genügt es, wenn

⁴ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 708 N 59; Funk, Art. 708 N 4; E. Schucany, Kommentar, Art. 708 N 4; Wenninger 167 sowie BGE 66 II 51. Als wichtige Gründe kommen in erster Linie Mängel bezüglich Charakter oder Fähigkeiten des Vertreters in Frage; vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 708 N 59 mit Verweisen.

⁵ So z.B., indem geltend gemacht wird, der vorgeschlagene Vertreter sei unzuverlässig oder unfähig, was sich erfahrungsgemäss nur schwer widerlegen lässt.

⁶ Z.B. aufgrund der Befürchtung, der Verwaltungsrat könne trotz seiner Isolierung noch Geschäftsgeheimnisse in Erfahrung bringen.

die Konzernleitung ihr offenes oder fiduziarisches Rechtsverhältnis zu ihm auflöst. Der Vertreter verliert dadurch sein Vertretungsmandat und ist zur Demission von seinem Amt als Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft verpflichtet⁷. Soll demgegenüber ein freier Verwaltungsrat aus seiner Position entfernt werden, so steht dieser Weg mangels vertraglicher Bindung zu diesem nicht offen. Hier wird die Konzernleitung deshalb durch ihre abhängigen Verwaltungsräte eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen lassen⁸, auf welcher der missliebige freie Verwaltungsrat dann in Anwendung von OR 705 I unter Vorgabe von irgendwelchen Gründen abberufen wird. Die einzige Einschränkung in diesem Verfahren betrifft auch hier wieder den Minderheitenvertreter. Da die Minderheit grundsätzlich das Recht hat, den ihr zustehenden Verwaltungsratssitz mit einem Vertrauensmann zu besetzen, kann eine Abberufung desselben durch die Generalversammlung gegen den Willen der vertretenen Aktiengruppe nur aus denselben wichtigen Gründen erfolgen, die schon seine Wahl verhindern können⁹. Ansonsten liegt aber die Beendigung der Mandate aller Verwaltungsräte der abhängigen Konzerngesellschaft im Endeffekt ebenso allein im Ermessen der Konzernleitung, wie dies schon bei der Begründung derselben der Fall ist.

15.3. Grenzen des Einflusses der Konzernleitung

Nachdem der Einfluss der Konzernleitung sowohl bei der Wahl als auch bei der Bestätigung bzw. Abberufung des Verwaltungsrates der abhängigen Gesellschaft offensichtlich beträchtlich ist, stellt sich die Frage, ob Minderheitsaktionäre, Gläubiger und nicht zuletzt die Verwaltungsräte selbst sich gegen allzu willkürliche Wahlentscheide der beherrschten Generalversammlung nicht zur Wehr setzen können.

⁷ Vgl. G. Schucany 41; Bürgi, Kommentar, Art 707 N 32; Thalmann 52 f.

⁸ Vgl. OR 699 I. Weigern sich diese oder bilden sie keine Mehrheit mehr im Gesamtverwaltungsrat, so kann die Obergesellschaft als Grossaktionärin die Einberufung einer Generalversammlung formell verlangen (OR 699 III) und notfalls sogar durch den Richter vornehmen lassen (OR 699 IV).

⁹ Dies folgt aus dem Umstand, dass ansonsten eine Generalversammlung, welche die Wahl eines Vertreters mangels wichtiger Gründe nicht verhindern konnte, diesen wenige Wochen später durch Abberufung wieder verdrängen könnte.

Dies ist indessen nicht der Fall. Die Generalversammlung wird schon im Gesetz¹⁰ als «oberstes Organ der Aktiengesellschaft» bezeichnet und kann, auch wenn ihre Führungsposition durch die heute herrschende Paritätstheorie¹¹ stark relativiert wird, als solches frei über Wahl und Abberufung des Verwaltungsrates entscheiden¹². Es existiert folglich weder ein Anspruch der einzelnen Aktionäre auf Wahl in den Verwaltungsrat noch ein solcher für gewöhnliche Minderheiten auf Vertretung in demselben¹³. Erst recht gibt es entsprechend kein irgendwie geartetes Recht der Gläubiger, auf die Besetzung des Verwaltungsrates Einfluss zu nehmen. Die Möglichkeiten der Konzernleitung, die Verwaltung der abhängigen Gesellschaft mittels der von ihr beherrschten Generalversammlung beliebig zu bestimmen und zu verändern, sind somit in der Regel¹⁴ einzig durch die an die Person des einzelnen Verwaltungsratsmitgliedes und das Wahlverfahren gestellten formellen Anforderungen beschränkt. Sind diese erfüllt, steht einer Wahl, Bestätigung oder Abwahl jeder beliebigen Person zu jedem Zeitpunkt nichts mehr im Wege. Sanktionen von seiten nicht wunschgemäss berücksichtigter Kandidaten sind dabei mangels geeigneter Rechtsbehelfe nicht zu befürchten¹⁵; einzig im Falle einer Abberufung kann der Betroffene gemäss OR 705 II mindestens Schadenersatzansprüche geltend machen, sofern die Abwahl zur Unzeit und ohne wichtige Gründe erfolgte¹⁶. Weitergehende Ansprüche, etwa auf Wiedereinsetzung in das Amt, bestehen aber auch in diesem Fall nicht. Das Recht der Generalversammlung zur Bestimmung ihrer Verwaltung ist insofern tatsächlich praktisch unbegrenzt.

Nicht immer nutzt die Konzernleitung allerdings ihre Möglichkeiten zur autonomen Zusammenstellung des Verwaltungsrates der abhängigen Gesellschaft voll aus. Namentlich bei Bestehen von starken Minderheitsbetei-

¹⁰ Vgl. OR 698 I.

¹¹ Vgl. dazu vorne Abschn. 7.2.

¹² Vgl. BGE 100 II 387.

¹³ Dies im Gegensatz zu denjenigen Minderheiten, die sich auf OR 708 IV oder V berufen können.

¹⁴ D.h., solange keine Aktionärsgruppen im Sinne von OR 708 IV bestehen und keine statutarischen Vertretungsrechte nach OR 708 V geschaffen wurden.

¹⁵ Insbesondere kann die Wahl nicht nach OR 706 angefochten werden, da nur gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse anfechtbar sind, nicht hingegen bloss unzumutbare; vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 706 N 27.

¹⁶ Vgl. dazu Bürgi, Kommentar, Art. 705 N 16 ff.

lungen wird diesen vielfach auf freiwilliger Basis eine Vertretung im Verwaltungsrat eingeräumt. Grund für dieses Entgegenkommen ist die Tatsache, dass eine Minderheit von gewissem Umfang durchaus in der Lage ist, den reibungslosen Geschäftsbetrieb einer Aktiengesellschaft empfindlich zu stören. Hauptaktionsfeld solcher Störmanöver ist die Generalversammlung, wo die Minderheit die Beschlussfassung allgemein erschweren und bestimmte Beschlüsse sogar gänzlich verhindern kann¹⁷. Daneben stehen einer entschlossen handelnden Minderheit auch ausserhalb der Generalversammlung noch diverse Möglichkeiten offen, der Gesellschaft und damit der Stimmenmehrheit das Leben schwer zu machen¹⁸. Aus diesem Grund ziehen es die meisten Konzernleitungen vor, ihre Minderheiten an der Macht partizipieren zu lassen und sich damit einen relativen Frieden in der Gesellschaft zu sichern. Sichtbares Zeichen dieser Partizipierung ist dabei zumeist eben die oberwähnte freiwillige Abtretung eines Verwaltungsratssitzes an einen Gewährsmann der Minderheit. Eine Verpflichtung dazu besteht indessen nicht, so dass von einer echten Schranke des Einflusses der Konzernleitung auf die Existenz des Verwaltungsrates der abhängigen Gesellschaft nicht gesprochen werden kann.

¹⁷ Dies aufgrund der Quorumsbestimmungen, die das Gesetz an verschiedenen Stellen vorsieht; vgl. OR 648 ff., 655, 658. Ist die Minderheit stark genug, die in diesen Artikeln verlangten Zweidrittel-Mehrheiten zu verhindern, so vermag sie dadurch einen ganz beträchtlichen Druck auf die Mehrheit auszuüben.

¹⁸ Zu denken ist hier an willkürliche Anträge auf Einberufung von ausserordentlichen Generalversammlungen, endlose Wortmeldungen anlässlich derselben oder gezielte Information der Presse und der Öffentlichkeit über gesellschaftsinterne Streitereien. Für solche Aktionen genügen bereits 10% oder weniger des Grundkapitals (vgl. OR 699 III), so dass sie auch Minderheiten offenstehen, welche die in FN 17 erwähnten Sperrquoten nicht erreichen.

§ 16 Der Einfluss der Konzernleitung auf die Amtsführung des Verwaltungsrates

16.1. Bei der Meinungsbildung des Verwaltungsrates

Es wurde im Rahmen dieser Arbeit bereits darauf hingewiesen, dass der freie Verwaltungsrat im Vergleich zu seinem abhängigen Kollegen vielfach über einen Informationsrückstand verfügt, welcher es ihm erschwert, sachgerechte Entscheidungen zu treffen¹. Dieser Effekt wurde durch die Tatsache erklärt, dass letzterer durch seine Beziehungen zur Konzernleitung in Zusammenhänge Einblick erhält, die dem freien Mandatsträger verborgen bleiben. Im gleichen Zuge wurde aber auch schon angedeutet, dass der Wissensvorsprung des abhängigen Verwaltungsrates lediglich relativer Natur ist und dass über seinen effektiven Informationsstand damit noch nichts gesagt ist.

Tatsächlich kann auch beim abhängigen Verwaltungsrat keineswegs vorausgesetzt werden, dass er seine Entscheidungen stets in umfassender und objektiver Kenntnis aller Aspekte fällen kann. Ein solcher Idealzustand ist allenfalls dann gegeben, wenn der Mandatsträger zugleich der obersten Führungsspitze der Konzernleitung angehört, also z.B. als Präsident oder Delegierter des Verwaltungsrates der Obergesellschaft amtiert. Nur in dieser Position ist er nämlich in der Lage, sich selbst ohne weiteres sämtliche Informationen zu beschaffen, die für eine wohlausgewogene Entscheidung notwendig sind. In allen anderen Fällen ist ein direkter Zugriff auf alle benötigten Informationen aufgrund der einschlägigen Geheimhaltungsvorschriften zumeist nicht möglich. Entsprechend hängt der Grad der Orientierung des abhängigen Verwaltungsrates über Konzerninterna idR beinahe vollständig von der Informationspolitik der Konzernleitung ihm gegenüber ab². Dies führt zum wenig befriedigenden Ergebnis, dass ein abhängiger

¹ Vgl. vorne Abschn. 13.3.

² Dies gilt v.a. für den fiduziarischen Verwaltungsrat, der ja zumeist nicht in die Organisation der Obergesellschaft integriert ist und entsprechend über keinerlei Auskunftsrechte verfügt.

Verwaltungsrat, der eine Anordnung der Konzernleitung auf ihre Verträglichkeit mit den Interessen seiner Gesellschaft überprüfen möchte, bezüglich der den Gesamtkonzern betreffenden Informationen weitestgehend auf Auskünfte der einschlägig interessierten Auftraggeberin zurückgreifen muss. Obwohl die auf diesem Weg erhaltenen Informationen naturgemäss wenig objektiv sind, ist der Verwaltungsrat mangels anderer Quellen doch auf ihre Verwertung angewiesen, da das Konzerninteresse ja bekanntlich einen nicht unwesentlichen Bestandteil des abzuwägenden Gesellschaftsinteresses darstellt³.

Damit kann das Ergebnis der Prüfung des Verwaltungsrates aber von der Konzernleitung mitbestimmt werden. Sie hat es in der Hand, durch gezieltes Hervorstreichen der Vorteile der zu beurteilenden Anordnung für den Konzern unter gleichzeitiger Verharmlosung der Nachteile für die abhängige Gesellschaft den mit der Durchführung beauftragten Verwaltungsrat so zu beeinflussen, dass er die Anweisung für unschädlich hält und in guten Treuen befolgt, obwohl sie im Endeffekt eben doch zu einer widerrechtlichen Benachteiligung der Konzerngesellschaft führt⁴. Die Konzernleitung verfügt damit über die verlockende Möglichkeit, die Amtsführung des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft auf äusserst diskrete Weise bereits in der Vorbereitungsphase der einzelnen Entscheidungen zu beeinflussen. Entsprechend hat sie es vielfach gar nicht mehr nötig, ihre Anordnungen mittels der bekannten faktischen Beherrschungsmechanismen zwangsweise durchzusetzen. Durch die beschriebene gezielte Beeinflussung der Überzeugungen des betroffenen Verwaltungsrates erreicht sie die Durchführung ihrer Wünsche zumeist ebenso zuverlässig und ohne unangenehme Nebenerscheinungen. Sie wird deshalb in der Regel auf diesem Weg ans Ziel zu kommen versuchen, bevor sie Repressionen gegen den Verwaltungsrat der Konzerngesellschaft ergreift.

³ Vgl. vorne Abschn. 13.2.

⁴ Wie gering die Chance des abhängigen Verwaltungsrates ist, ein solches Vorgehen zu durchschauen, mag wiederum das bereits in Abschn. 13.2. zitierte Beispiel mit der Wahlmöglichkeit zwischen zwei unterschiedlich attraktiven Angeboten zum Rohstoffeinkauf zeigen: Soll der abhängige Verwaltungsrat aus den Offerten A und B das schlechtere B-Angebot wählen, nur weil der Hauptaktionär der Obergesellschaft an der B-AG beteiligt ist, muss er sich gegen diese Anordnung sträuben. Wird dieser Zusammenhang hingegen verheimlicht und dem Verwaltungsrat weisgemacht, der Grund für die Bevorzugung von B sei ein zu erwartendes umfangreiches Gegengeschäft mit einer anderen Konzerngesellschaft, so wird er sich der Anordnung guten Gewissens fügen, ohne später jemals nachweisen zu können, dass ein Gegengeschäft vielleicht gar nie geplant war.

16.2. Bei der Entscheidungsfällung durch den Verwaltungsrat

Bei allen Vorteilen wird eine Einflussnahme der Konzernleitung auf die Meinungsbildung der Verwaltung der abhängigen Gesellschaft vielfach nicht realisierbar sein oder zur Durchsetzung ihrer Wünsche nicht ausreichen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die beabsichtigte Benachteiligung der Konzerngesellschaft von Art oder Umfang her so beschaffen ist, dass eine Rechtfertigung mit dem Wohl des Gesamtkonzerns nicht in Frage kommt. In dieser Situation müsste die Konzernleitung eigentlich befürchten, dass ihre Anordnungen aufgrund ihrer Widerrechtlichkeit nicht mehr befolgt werden. Dies ist indessen in der Praxis zumeist nicht der Fall, da die Obergesellschaft über die Möglichkeit verfügt, den Verwaltungsrat nicht nur in seiner Meinungsbildung, sondern unabhängig davon auch beim eigentlichen Entscheid über die Befolgung einer Anordnung in ihrem Sinne zu beeinflussen.

Ansatzpunkt und Methode der Einflussnahme sind hier allerdings völlig verschieden vom vorne dargestellten Vorgehen. Die Konzernleitung versucht nun nicht mehr, den Verwaltungsrat durch Überzeugung für ihre Absichten zu gewinnen, sondern sie verlangt von ihm einfach ein Handeln gemäss ihren Anweisungen. Wie die persönliche Beurteilung der Anordnung durch den Beauftragten ausfällt, interessiert sie dabei nicht; wichtig ist ihr nur die Ausführung. Ein solch autoritäres Vorgehen ist natürlich nur möglich bei Vorhandensein der entsprechenden Machtposition. Diese ist jedoch ohne weiteres gegeben, da ja der Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft wie gezeigt mit wenigen Ausnahmen in seiner ganzen Existenz von der Konzernleitung abhängt⁵. Die Frage, ob er widerrechtliche Anweisungen der Obergesellschaft ausführen soll oder nicht, wird dadurch für ihn zur eigentlichen Überlebensfrage, wenn dies auch nur in den seltensten Fällen offen ausgesprochen wird.

Auch ohne entsprechenden Hinweis wird sich indessen jeder Verwaltungsrat einer abhängigen Gesellschaft nur allzu bewusst sein, dass ein ernsthafter und dauernder Widerstand gegen Anordnungen der Konzernleitung über kurz oder lang zu einem Verlust seines Mandates führen wird. Entsprechend gross ist denn auch die Versuchung, allfällige Bedenken rechtlicher Art zu unterdrücken und die Anordnung der Obergesellschaft ungeachtet der Rechtsfolgen einfach auszuführen⁶. Dies gilt v.a. für den

⁵ Vgl. vorne § 15.

⁶ Zur (negativ beantworteten) Frage, ob diese Zwangssituation eine Reduktion des rechtlich relevanten Verschuldens zur Folge hat vgl. Albers 99 f.

abhängigen Verwaltungsrat, der vielfach in einem Dienstverhältnis zur Obergesellschaft steht und folglich damit rechnen muss, durch seine Widerspenstigkeit nicht nur das Verwaltungsratsmandat, sondern seine gesamte berufliche Existenz zu verlieren. Gefährdet ist aber auch die «unabhängige Persönlichkeit», die oftmals eine prestigemässig und finanziell beträchtlich dotierte Nebenerwerbsquelle zu verlieren hat und selbst der Minderheitenvertreter, der zumindest bei kleineren Schädigungen gelegentlich der Gefahr unterliegt, die an sich notwendigen Gegenmassnahmen aus Bequemlichkeit oder Furcht als unverhältnismässig zu verwerfen.

Es existieren somit unter Umständen für sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrates einer abhängigen Gesellschaft zumindest subjektiv wesentliche Gründe, Anweisungen der Konzernleitung trotz rechtlicher Bedenken auszuführen bzw. nicht zu bekämpfen. Verstärkt wird diese Tendenz noch durch die Tatsache, dass selbst als grundsätzlich nachteilig erkennbare Anordnungen den ganzen Umfang der mit ihnen verbundenen Schädigung nur selten von Anfang an offenbaren, was dem ausführenden Verwaltungsrat die Möglichkeit gibt, sich einzureden, die Massnahme sei noch vertretbar. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Konzernleitungen, soweit sie sich der Problematik bewusst sind, schon bei der Auswahl der für einen Verwaltungsratssitz in der abhängigen Gesellschaft in Frage kommenden Kandidaten darauf achten werden, Personen mit der Aufgabe zu betrauen, denen pragmatische Loyalität gegenüber ihren «Förderern» näher liegt als der Wunsch nach buchstabentreuer Durchsetzung des Gesetzes⁷.

Aus diesen Gründen muss davon ausgegangen werden, dass eine Konzernleitung in aller Regel ohne weiteres in der Lage ist, den Entscheidungsprozess im Verwaltungsrat der von ihr abhängigen Gesellschaft derart zu kontrollieren, dass praktisch all ihre Anordnungen mehr oder weniger widerspruchsfrei durchgeführt werden⁸. Der Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft erweist sich somit in der Praxis als reiner Befehlsempfänger, der noch nicht einmal die Möglichkeit besitzt, sich gegen unrechtmässige Anordnungen zu wehren, ohne gleich seine ganze Existenz aufs

⁷ Zur (natürlichen) Loyalität des abhängigen Verwaltungsrates gegenüber der Konzernleitung vgl. auch Druet, Konzern 309.

⁸ Von einer faktischen Durchsetzbarkeit der Anordnungen der Konzernleitung gegenüber der Verwaltung der abhängigen Gesellschaft geht denn auch die gesamte Lehre aus; vgl. etwa Caflisch 147; Thalman 58 f.; Zweifel, Minderheiten 94; von Planta 68; Bosman 52.

Spiel zu setzen⁹. Seine faktische Lage steht damit in einem Gegensatz zu seiner rechtlichen Stellung, wie er schärfer nicht sein könnte. Es erstaunt deshalb kaum, wenn der Ruf nach Rechtsnormen, die dieses Problem zu lösen vermöchten, immer stärker wird.

16.3. Exkurs: Zur psychologischen Situation des Verwaltungsrates

Die in der Praxis festzustellende offensichtliche Unfähigkeit des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, sich Anordnungen der Konzernleitung zu widersetzen, liegt m.E. nicht nur in seiner soeben beschriebenen Machtlosigkeit begründet. Ebenso wenig kann dafür ausschliesslich sein Egoismus verantwortlich gemacht werden, der den Erhalt des Mandates über alles stellt. Neben diesen ohne Zweifel auch massgebenden Elementen spielt vielmehr noch ein dritter Faktor in diesem Zusammenhang eine Rolle, nämlich das psychologische Umfeld, in welchem sich der Verwaltungsrat befindet.

Gemeint ist damit folgendes: Der Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft, zumal der abhängige Verwaltungsrat¹⁰, verdankt seine Wahl wie gezeigt vollumfänglich der Konzernleitung. Dieser ist er zudem oft seit Jahren verbunden, sei es als Organ, als Angestellter oder als Freund des Hauptaktionärs. Diese z.T. recht starke Bindung erzeugt natürlich ein Loyalitätsgefühl¹¹: Der Verwaltungsrat fühlt sich mit der Konzernleitung verbunden und identifiziert sich mit ihr; er kennt die massgeblichen Entscheidungsträger und vertraut deshalb unwillkürlich darauf, dass die Entscheidungen der Konzernleitung auch das Wohl der abhängigen Gesellschaft gebührend berücksichtigen¹². In dieser Situation verliert der Betrof-

⁹ Slongo spricht in diesem Zusammenhang unter Zitierung des Regierungsentwurfes zum deutschen AktG davon, dass aus dem Blickwinkel der Konzernleitung «der Vorstand zum Angestellten, die Gesellschaft zur Organisationsform für die Betriebsabteilung» werde; vgl. Slongo 62.

¹⁰ Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich in erster Linie auf den abhängigen Mandatsträger; für den freien Verwaltungsrat besitzen sie aufgrund seiner weniger intensiven Beziehung zur Obergesellschaft nur mit Einschränkungen Gültigkeit.

¹¹ Vgl. Slongo 60, der diesbezüglich treffend von einem «Konzernzusammengehörigkeitsgefühl» spricht.

¹² Vgl. Druey, Konzern 309.

fene fast zwangsläufig einen Teil seiner Objektivität; er wird auch psychisch zum «abhängigen» Verwaltungsrat.

Obwohl diese Wandlung natürlich nur in seinem Unterbewusstsein stattfindet, hat sie doch deutliche Auswirkungen auf die Art und Weise, wie das Verwaltungsratsmandat geführt wird. Eine wenig kritische Haltung zu den Anordnungen der Konzernleitung und ein stets offenes Ohr für deren Rechtfertigungen sind ebenso die Folge wie eine gefühlsmässige Abneigung gegen alles, was den Interessen der Konzernleitung zuwiderläuft¹³. Bei alledem wird der Verwaltungsrat in den meisten Fällen absolut der Überzeugung sein, er entscheide durchaus objektiv und vernachlässige die Interessen der Konzerngesellschaft in keiner Weise.

Damit wird aber klar, dass bei weitem nicht jede durch abhängige Verwaltungsräte verursachte Schädigung einer Konzerngesellschaft gewollt ist oder bewusst in Kauf genommen wird. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ein beträchtlicher Teil der Benachteiligungen fahrlässig in blindem Vertrauen auf die Konzernleitung erfolgt. Dass dadurch oftmals Persönlichkeiten in die Illegalität hineinrutschen, die ansonsten kaum je mit dem Gesetz in Konflikt geraten würden, muss als einigermaßen bedenklich qualifiziert werden. Hier offenbart sich ein weiterer Nachteil der heutigen Rechtslage, der wohl nur durch eine umfassende Neuregelung aus der Welt geschafft werden kann.

¹³ Dieser Effekt dürfte um so stärker werden, je geringer die Fachkenntnisse des Verwaltungsrates sind; je weniger er die Anordnungen der Konzernleitung versteht, desto grösser wird seine Bereitschaft sein, sie ohne blossstellende Rückfragen und im Vertrauen auf die Kompetenz der letzteren durchzuführen.

§ 17 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

1. Die Lage des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft in der Praxis ist geprägt durch den umfassenden Einfluss, den die Konzernleitung auf seine Existenz und Amtsführung nimmt.
2. Als Hauptaktionärin bestimmt die Konzernleitung die Zusammensetzung des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft praktisch allein. Die Wahl, Bestätigung und Abberufung der einzelnen Mitglieder liegt aufgrund ihrer Stimmenmacht weitgehend in ihrer Kompetenz. Gewisse Einschränkungen bestehen diesbezüglich einzig beim ohnehin wenig verbreiteten Gruppen- bzw. Minderheitenvertreter.
3. Die Möglichkeit, über Sein oder Nichtsein des Verwaltungsrates der abhängigen Gesellschaft zu bestimmen, verschafft der Konzernleitung ein starkes Druckmittel zur Durchsetzung ihrer Anforderungen. Jeder Verwaltungsrat, der Wert auf eine weitere Amtsperiode legt, wird bestrebt sein, ihre Wünsche wenn immer möglich zu erfüllen.
4. Neben der soeben genannten verfügt die Konzernleitung über eine weitere Möglichkeit, Entscheidungen des Verwaltungsrates in die von ihr gewünschte Richtung zu lenken. Aufgrund ihres Informationsvorsprunges ist sie oft in der Lage, den nachteiligen Charakter schädigender Weisungen zu verschleiern und dem Verwaltungsrat damit jeden Grund zum Widerstand dagegen zu nehmen. Dies wird ihr oft noch erleichtert durch ein ausgeprägtes «Konzernzusammengehörigkeitsgefühl» des Verwaltungsrates, welches eine kritische Würdigung der fraglichen Anordnung verhindert.
5. Der Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft ist somit in der Praxis nicht mehr als eine Marionette der Konzernleitung. Er ist idR weder willens noch in der Lage, Schädigungen seiner Gesellschaft durch letztere zu verhindern. Die Konzernwirklichkeit hat damit ohne Rücksicht auf die gesetzlichen Grundlagen eine Figur hervorgebracht, die ihren Anforderungen in optimaler Weise entspricht.

IV. Teil

Die Aktualisierung des Interessen- konfliktes und seine Überwindung

6. Kapitel:

Die Divergenz von Theorie und Praxis als Problem für den Verwaltungsrat

§ 18 Der Verwaltungsrat zwischen «Sollen» und «Dürfen»

18.1. Vorbemerkung

Im II. und III. Teil der vorliegenden Arbeit wurde dargestellt, welche Anforderungen Gesetz und Praxis an den Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft stellen. Für sich betrachtet sind diese Anforderungen zwar nicht ganz unproblematisch, letztlich jedoch durchaus erfüllbar. Im Zusammenspiel stellen sie hingegen ein beinahe unlösbares Problem für den Verwaltungsrat dar, da, was das Gesetz verlangt, die Praxis in der Regel nicht zulässt, und was die Praxis fordert, oftmals ungesetzlich ist. Der Verwaltungsrat sieht sich damit vor die Wahl zwischen einem faktischen «Sollen» und einem rechtlichen «Dürfen» gestellt; er befindet sich in einem typischen Interessenkonflikt. Wie sich dieser in concreto darstellt und welches seine Auswirkungen auf die einzelnen Verwaltungsratsmitglieder sind, soll nachfolgend näher untersucht werden.

18.2. Die Situation des abhängigen Verwaltungsrates

Die Situation des abhängigen Verwaltungsrates - handle es sich nun um einen offen vertretenden oder um einen fiduziarischen Mandatsträger - wird im wesentlichen durch die Tatsache geprägt, dass er bei jeder seiner Entscheidungen nicht weniger als drei verschiedene Aspekte zu berücksichtigen hat: seine Verantwortlichkeit als Organ der abhängigen Gesellschaft, seine Pflichten als «Vertragspartner» der Konzernleitung und seine faktisch schwache Stellung innerhalb der Gesamtorganisation. Bei Alltagsentscheidungen in der Konzerngesellschaft bietet dies in der Regel keine Probleme,

da hier die Interessen aller Beteiligten gleichgerichtet sind. Anders stellt sich die Situation demgegenüber dar, wenn der Verwaltungsrat mit Sonderinteressen der Konzernleitung konfrontiert wird und darüber zu entscheiden hat, ob er den diesbezüglichen Anweisungen Folge leisten soll oder nicht. Hier besteht die permanente Gefahr, dass die Abwägung der einzelnen Kriterien zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen führt, dass ein alle Aspekte gleichermassen berücksichtigender Entscheid mit anderen Worten nicht mehr möglich ist.

Ob und in welchem Umfang dies der Fall ist, hängt primär von der Geschäftsphilosophie der Konzernleitung ab. Ihre grundsätzliche Haltung zum Problem der Konzernweisungen und deren Durchsetzung ist von entscheidender Bedeutung für die Entstehung eines Interessenkonfliktes des abhängigen Verwaltungsrates. Dabei sind im Prinzip drei verschiedene Standpunkte denkbar¹:

1. Die Konzernleitung erteilt grundsätzlich nur Weisungen, die keine schädlichen Auswirkungen auf die abhängige Gesellschaft haben. Dies ist der für den Verwaltungsrat unproblematischste Fall. Als vertraglich gebundener Vertreter ist er zwar verpflichtet, die erteilten Anordnungen auszuführen, als Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft darf er dies aber auch. Einer Ausführung steht somit nichts entgegen, ein Interessenkonflikt findet nicht statt.
2. Die Konzernleitung erteilt bei Bedarf auch Weisungen, die schädigende Auswirkungen auf die abhängige Gesellschaft haben, stellt deren Ausführung aber jeweils in das Ermessen des Verwaltungsrates. In diesem Fall wird die Situation für den Letztgenannten bereits problematischer. Zwar entfällt hier die vertragliche Verpflichtung zur Weisungsbefolgung, da schädigende Anordnungen nichtig sind. Ebenso besteht auch noch kein direkter Druck von seiten der Obergesellschaft. Andererseits ist sich der Verwaltungsrat aber nur allzu bewusst, dass die Konzernleitung im Grunde eben doch von ihm erwartet, dass er eine Möglichkeit findet, ihre «Anregungen» in die Tat umzusetzen. In dieser Situation bahnt sich, je nach Charakterstärke des Betroffenen, ein Interessenkonflikt unter Umständen bereits an, wenn er sich vielfach auch noch nicht aktualisieren wird.

¹ Zur Herleitung der nachfolgenden Aussagen im einzelnen vgl. vorne Abschn. 12.2. und 16.2.

3. Die Konzernleitung erteilt bei Bedarf auch Weisungen mit schädlichen Auswirkungen auf die abhängige Gesellschaft und besteht jeweils auf deren Ausführung. Hier bricht die dem abhängigen Verwaltungsrat eigene Entscheidungsproblematik in voller Stärke hervor. Zwar existieren auch in diesem Fall keinerlei vertragliche Verpflichtungen zur Ausführung der fraglichen Anordnung, dafür ist der faktische Druck, den die Obergesellschaft auf den Verwaltungsrat ausübt, um so grösser. Unabhängig davon, ob ihm konkret mit Konsequenzen gedroht wird oder nicht, weiss er doch genau, dass die Konzernleitung bezüglich Befolgung ihrer Anordnungen keinen Widerspruch duldet. Andererseits muss ihm ebenso bewusst sein, dass jedes Entgegenkommen in dieser Beziehung rechtswidrig ist und Verantwortlichkeitsansprüche gegen seine Person begründen kann. Seine Entscheidung führt deshalb, wie auch immer sie lautet, zu für ihn unabsehbaren Konsequenzen. Sein Interessenkonflikt befindet sich in dieser Situation auf dem Höhepunkt.

Wie aus dieser Darstellung ersichtlich wird, ist der Interessenkonflikt des abhängigen Verwaltungsrates zumindest in der Theorie nicht von vornherein vorprogrammiert, sondern ist Folge eines rechtlich fragwürdigen Verhaltens eines Dritten. Dies könnte zur Schlussfolgerung verleiten, ein Interessenkonflikt sei im Normalfall gar nicht gegeben und beschränke sich auf diejenigen seltenen Fälle, in welchen kriminelle Konzernleitungen in bewusster Missachtung des Gesetzes dem abhängigen Verwaltungsrat ihren Willen aufzuzwingen versuchen. Diese Annahme wäre indessen unrichtig. Die Erteilung und Durchsetzung von Weisungen im Sinne von obiger Ziffer 3 stellt in der Konzernpraxis keineswegs eine Ausnahmeerscheinung dar, sondern ist weitherum verbreitet und hat schon in vielen Fällen zu nachweisbaren Schädigungen geführt². Dies liegt allerdings weniger an einem rechtlich-moralischen Defizit der Organe der Obergesellschaften als vielmehr an den Sachzwängen, die das Phänomen Konzern nun einmal mit sich bringt. Will eine Obergesellschaft nämlich eine einheitliche Leitung gegenüber der abhängigen Konzerngesellschaft durchsetzen – was zur Führung eines Konzerns ja notwendig ist³ –, so kommt sie nicht darum herum, ihre geschäftspolitischen Vorstellungen mittels verbindlicher Weisungen

² Vgl. Immenga 74 mit Verweisen; zur Verbreitung der Konzernweisung allgemein vgl. auch F.P. Oesch 190 und Druey, *Company Groups* 132.

³ Vgl. vorne Abschn. 1.2.3.

auch in den Konzerngesellschaften zu verwirklichen⁴. Ebenso lässt es sich m.E. kaum vermeiden, dass von Zeit zu Zeit im Konzerninteresse auch Anordnungen erteilt werden, deren Auswirkungen aus Sicht der abhängigen Gesellschaft problematisch sind⁵. Schliesslich ist an dieser Stelle einmal mehr auf das Informationsproblem hinzuweisen: Bei der Komplexität der heutigen Verhältnisse können vielfach weder die anweisende Obergesellschaft noch der ausführende Verwaltungsrat von vornherein mit Sicherheit voraussagen, ob die Durchführung einer Anordnung nun im Endeffekt eine Schädigung der Konzerngesellschaft bewirkt oder ob der Schaden nicht doch durch die Vorteile, die dem Gesamtkonzern aus der Aktion erwachsen, wiederum kompensiert wird.

Aus all diesen Gründen dürften Konzernleitungen, die sich gemäss Variante 1 oder 2 der obigen Darstellung verhalten, in der Praxis zu den Ausnahmeerscheinungen gehören⁶. Demgegenüber dürfte Variante 3 derjenigen Situation entsprechen, mit welcher sich der durchschnittliche abhängige Verwaltungsrat in praxi tatsächlich auseinandersetzen muss. Sein Interessenkonflikt ist somit weder bloss theoretischer Natur noch ohne weiteres vermeidbar; er ist vielmehr eine in der Praxis zwangsläufig auftretende Auswirkung des Umstandes, dass das Phänomen Konzern in der Schweiz einer rechtlichen Regelung unterliegt, die seinen Eigenheiten in keiner Weise Rechnung trägt.

⁴ Vgl. auch Bosman 29, der zu Recht feststellt, dass «allein durch passives Dulden . . . eine einheitliche Leitung nicht denkbar» ist.

⁵ Speziell in multinationalen Verhältnissen können durchaus auch legitime geschäftspolitische Überlegungen Anlass zur Benachteiligung einer abhängigen Gesellschaft sein. Als Beispiele können hier etwa die Verlegung von Arbeitsplätzen von Hoch- in Billiglohnländer, der Abzug von Kapital aus von einer Verstaatlichung bedrohten Gesellschaften oder die Umverteilung von konzerninternen Aufträgen zur Vermeidung von Zoll- und Fiskalbelastungen genannt werden. Obwohl solche Massnahmen die betroffenen Gesellschaften ohne Zweifel schädigen, gehört ihre Anordnung zum geschäftspolitischen Instrumentarium jeder Konzernleitung.

⁶ Daran vermag auch nichts zu ändern, dass ausserhalb von Einmann-Verhältnissen eine Beschränkung auf Variante 1 de lege lata die einzig zulässige Verhaltensweise ist. Die faktischen Sachzwänge sind hier eben auch für die Konzernleitungen relevanter als die oftmals kaum bekannten oder als verfehlt betrachteten Rechtsnormen.

18.3. Die Situation des konzernfreien Verwaltungsrates

Die Situation des konzernfreien Verwaltungsrates ist in abgeschwächter Form von ähnlichen Problemen gekennzeichnet wie diejenige seines abhängigen Kollegen. Auch er untersteht dem oberwähnten Konflikt zwischen «Sollen» und «Dürfen», wenn auch zumindest teilweise unter anderen Voraussetzungen. Dabei existieren allerdings innerhalb der Kategorie der konzernfreien Verwaltungsräte Differenzen in Ursachen und Auswirkungen des Interessenkonfliktes, weshalb die beiden Untergruppen «Minderheitenvertreter» und «unabhängige Persönlichkeit» je für sich zu behandeln sind.

18.3.1. Die Lage des Minderheitenvertreters

Wenn beim abhängigen Verwaltungsrat erwähnt wurde, er müsse bei seinen Entscheidungen jeweils drei verschiedene Aspekte berücksichtigen, so trifft dies für den Minderheitenvertreter genauso zu. Auch er ist der abhängigen Gesellschaft verpflichtet, der faktischen Macht der Konzernleitung ausgesetzt und zudem mit Vertretungsaufgaben betraut. Im Gegensatz zu den Verhältnissen beim abhängigen Verwaltungsrat ist die durch ihn Vertretene aber nicht die Konzernleitung, sondern eine Gruppe innerhalb der abhängigen Gesellschaft. Dieser Unterschied hat seine Auswirkungen: Da der Minderheitenvertreter somit keinerlei Rechtsbeziehungen zur Konzernleitung pflegt, ist diese auch nicht in der Lage, ihm rechtlich durchsetzbare Anordnungen zu erteilen. Will sie ihn trotzdem zu einer bestimmten Verhaltensweise bewegen, so bleibt ihr nur die Möglichkeit, ihn faktisch unter Druck zu setzen. Doch auch hier sind ihre Mittel im Vergleich zum abhängigen Verwaltungsrat beschränkt. Die Veranlassung eines sofortigen Rücktrittes ist mangels Rechtsverhältnisses, welches aufgelöst werden könnte, nicht mehr möglich; was bleibt, ist einzig der relativ umständliche Weg, den Minderheitenvertreter anlässlich der nächstfolgenden Generalversammlung abuberufen, wozu allerdings vorerst einmal die dazu notwendigen «wichtigen Gründe» gefunden werden müssen⁷.

Damit wird klar, dass die Stellung des Minderheitenvertreters der Konzernleitung gegenüber doch um einiges stärker ist als diejenige des abhängi-

⁷ Für Einzelheiten zur Abberufung vgl. vorne Abschn. 15.2.

gen Verwaltungsrates. Dennoch kann seine Position absolut gesehen keineswegs als souverän bezeichnet werden. Alle erwähnten Einschränkungen vermögen nämlich nichts an der Tatsache zu ändern, dass auch der Minderheitenvertreter seine Aufgaben nur solange pflichtgemäss erfüllen kann, als die Konzernleitung ihn gewähren lässt. Ist diese erst einmal zur Überzeugung gelangt, ein bestimmter Amtsinhaber sei untragbar geworden, so wird sie Mittel und Wege finden, um die Ablösung der betreffenden Person durch einen kooperationswilligeren Verwaltungsrat zu erzwingen. Der faktische Druck, der auf dem Vertreter lastet, ist deshalb im Vergleich zum abhängigen Verwaltungsrat zwar etwas reduziert, jedoch keineswegs verschwunden⁸. Auch der Minderheitenvertreter kann es sich folglich kaum leisten, übermässige Ansprüche der Konzernleitung stets so konsequent zu bekämpfen, wie er dies gemäss Gesetz eigentlich müsste. Damit sind die Voraussetzungen für einen Interessenkonflikt aber auch bei ihm gegeben, und es stellt sich lediglich die Frage, in welchem Umfang sich dieser effektiv konkretisiert.

Die Antwort darauf hängt auch hier ganz vom Verhalten der Konzernleitung ab. Toleriert sie das hohe Mass an Widerstand gegen schädliche Anordnungen, welches der Vertreter bei pflichtgemässer Erfüllung seiner Aufgaben leisten muss, reduziert sich die Gefahr eines Interessenkonfliktes auf ein Minimum. Ist sie dazu hingegen nicht bereit und setzt sie den Verwaltungsrat unter Druck, so zwingt sie ihm den Konflikt geradezu auf. Welche dieser Verhaltensweisen in concreto häufiger vorkommt, lässt sich generell nicht feststellen. Immerhin spricht vieles dafür, dass eine direkte Bedrohung des Minderheitenvertreters durch die Konzernleitung eher zu den Ausnahmen gehört⁹. Daraus folgt wiederum, dass die Problematik des Interessenkonfliktes für jenen nicht den gleichen Stellenwert besitzt wie für den abhängigen Verwaltungsrat¹⁰: Eine diesbezügliche Gefahr ist zwar stets vorhanden, eine effektive Konkretisierung derselben tritt dagegen nur relativ selten ein.

⁸ Dies gilt um so mehr, als gerade ein altgedienter und kompetenter Amtsinhaber seine Abberufung nicht nur aus persönlichen Gründen vermeiden wollen wird, sondern ebenso, um der vertretenen Gruppe seine Erfahrung zu erhalten.

⁹ Für diese These spricht nicht zuletzt die Tatsache, dass die Aussichten des Minderheitenvertreters, durch seinen Widerstand effektiv etwas zu erreichen, idR so gering sind, dass es die Konzernleitung gar nicht nötig hat, dagegen einzuschreiten; vgl. dazu auch hinten Abschn. 19.3.

¹⁰ Im Ergebnis gleicher Meinung Albers 84.

18.3.2. Die Lage der «unabhängigen Persönlichkeit»

Die Situation der «unabhängigen Persönlichkeit» ist in ihren Strukturen die übersichtlichste innerhalb der abhängigen Konzerngesellschaft. Im Gegensatz zu allen übrigen Verwaltungsräten hat sie bei ihrer Tätigkeit lediglich zwei verschiedene Aspekte zu beachten: ihre gesetzlich und statutarisch festgelegten Pflichten als Verwaltungsrat auf der einen und die faktisch begründeten Ansprüche der Konzernleitung auf der anderen Seite. Dies genügt jedoch bereits, um in bestimmten Situationen auch bei ihr einen Interessenkonflikt zu begründen.

Wie die drei übrigen Verwaltungsratstypen wird auch die «unabhängige Persönlichkeit» von allfälligen Schädigungsabsichten der Konzernleitung unmittelbar betroffen. Entweder wird von ihr verlangt, sie solle an der Ausführung derselben direkt mitwirken, oder es wird ihr zumindest zugemutet, der Verwirklichung der Pläne durch die abhängigen Verwaltungsräte tatenlos zuzusehen¹¹. Beide Verhaltensweisen sind gleichermassen rechtswidrig; trotzdem ist in praxi die Versuchung gross, den Wünschen der Konzernleitung jeweils nachzukommen.

Hauptgrund dafür ist auch hier wieder der Umstand, dass sich der gesamte Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft in einem existentiellen Abhängigkeitsverhältnis zur Konzernleitung befindet. Damit ist auch die «unabhängige Persönlichkeit» in ihrer Entscheidung nicht so frei, wie die ihr gegebene Bezeichnung vermuten lassen könnte. Zwar ist sie rechtlich in keiner Weise an die Obergesellschaft gebunden; trotzdem kann sie von dieser praktisch jederzeit aus ihrem Verwaltungsratsamt entfernt werden¹². Ihr diesbezügliches Risiko ist sogar noch grösser als dasjenige des Minderheitenvertreters, da in ihrem Falle noch nicht einmal wichtige Gründe existieren müssen, um eine Wegwahl durchführen zu können. Hingegen kann auch die «unabhängige Persönlichkeit» von der Konzernleitung nicht direkt zum Rücktritt gezwungen werden, weshalb sie dieser trotz allem nicht

¹¹ Vielfach wird sie allerdings auch schlicht nicht informiert. Um solche Fälle und die damit verbundenen Haftungsrisiken zu vermeiden, ist es auch für diesen Verwaltungsratstyp äusserst wichtig, seinen Informationsstand so hoch wie möglich zu halten; zu den Möglichkeiten dazu vorne Abschn. 13.3.

¹² Voraussetzung ist einzig, dass die Konzernleitung über die notwendige Stimmenmehrheit in der Generalversammlung der abhängigen Gesellschaft verfügt, was jedoch in aller Regel der Fall ist; vgl. Albers 84 sowie vorne Abschn. 15.2.

ganz so ausgeliefert ist wie der abhängige Verwaltungsrat. Dafür ist sie in psychologischer Hinsicht oftmals in einer noch problematischeren Lage als dieser, da sie den Entscheidungsträgern der Obergesellschaft nicht selten freundschaftlich verbunden ist und entsprechend natürliche Hemmungen hat, deren Absichten ohne Not zu torpedieren¹³.

Gesamthaft gesehen befindet sich die «unabhängige Persönlichkeit» bezüglich Sensibilität auf Druck von «oben» somit etwa in der Mitte zwischen Minderheitenvertreter und abhängigem Verwaltungsrat. Da die rechtlichen Anforderungen anderseits für alle Ratsmitglieder grundsätzlich die gleichen sind, ist auch die Gefahr eines Interessenkonfliktes in diesem Rahmen zu sehen: geringer als bei letzterem¹⁴, aber immer noch grösser als beim Erstgenannten.

¹³ Zu den Auswirkungen solcher «menschlicher Faktoren» auf den Entscheidungsprozess vgl. auch Slongo 59 ff.

¹⁴ Vgl. auch Albers 84.

7. Kapitel:

Massnahmen zur Milderung und Überwindung des Interessenkonfliktes

§ 19 Möglichkeiten de lege lata

19.1. Vorbemerkung

Wenn von Massnahmen zur Bekämpfung des Interessenkonfliktes in der abhängigen Gesellschaft nach Massgabe der heutigen Rechtslage die Rede sein soll, so muss man sich von Anfang an bewusst sein, dass der Spielraum dafür äusserst begrenzt ist. Die zum Konflikt führenden Anforderungen an den Verwaltungsrat sind aus dessen Sicht extern vorgegeben und entsprechend nur schwer beeinflussbar. Eine eigentliche Überwindung des Konfliktes durch Neutralisierung der einen der beiden Komponenten ist unter diesen Umständen nicht realisierbar, da weder das Gesetz noch die Machtkonstellation im Konzern dem Zugriff des betroffenen Mandatsträgers unterliegen. Entsprechend ist das Äusserste, was er erreichen kann, eine gewisse Milderung des Konfliktes. Dazu stehen ihm zwei Ansatzpunkte zur Verfügung: Je nach seinem Verhältnis zur Konzernleitung kann er entweder versuchen, die Zahl der erteilten nachteiligen Weisungen zu vermindern, oder er kann sich darum bemühen, vor den diesen auf dem Fuss folgenden Verantwortlichkeitsklagen möglichst geschützt zu sein. Welche Mittel ihm dazu zur Verfügung stehen und unter welchen Voraussetzungen sie anwendbar sind, soll nachfolgend näher untersucht werden.

19.2. Information als Grundvoraussetzung

Jedem Versuch, die Situation des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft zu entschärfen, muss vorerst einmal das Wissen um deren Gefährlichkeit vorausgehen. Solange ein Verwaltungsrat die schädlichen Auswirkungen bestimmter Konzernweisungen nicht erkennt bzw. um die

Widerrechtlichkeit ihrer Befolgung nicht weiss, hat er subjektiv keine Veranlassung, sich um seine Situation zu sorgen oder gar auf Verbesserung derselben zu sinnen. Ist diese Unkenntnis und die daraus folgende Sorglosigkeit indessen durch blosser Fahrlässigkeit begründet worden, so befreit sie nicht von Verantwortlichkeit¹.

Der Verwaltungsrat tut deshalb gut daran, sich im Zusammenhang mit jeder direkt oder indirekt von der Konzernleitung ausgehenden Weisung soviel Hintergrundinformationen wie möglich zu besorgen. Die rechtliche Grundlage dazu ist in OR 713 gegeben, dessen extensive Interpretation durch die herrschende Doktrin² nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Hinterfragung der einzelnen Vorgänge durch den Verwaltungsrat beinhaltet³. Dies gilt gleichermassen für abhängige wie für konzernfreie Verwaltungsräte. In beiden Fällen können die Notwendigkeit wie auch die Möglichkeit einer Verringerung des Haftungsrisikos für den Betroffenen erst eruiert werden, wenn der Charakter einer Weisung, ihr Stellenwert in den Plänen der Konzernleitung und die möglichen Folgen einer Durch- bzw. Nichtdurchführung möglichst genau abschätzbar sind. Ohne genügende Information wird der Verwaltungsrat hingegen zum Spielball der Konzernleitung ohne jede Möglichkeit, die Risiken seiner Handlungen abzuschätzen und sich entsprechend zu verhalten.

19.3. Massnahmen zur Reduzierung unzulässiger Weisungen

19.3.1. Beeinflussung der Konzernleitung

Eine Beeinflussung der Konzernleitung in der Weise, dass sie keine die abhängige Gesellschaft schädigende Anweisungen erteilt, wäre wohl der sicherste und einfachste Weg zur Vermeidung eines Interessenkonfliktes. Leider ist diese Lösung in der Praxis kaum realisierbar, da dem Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft das dazu notwendige Machtpotential fehlt. Immerhin besitzt er in bestimmten Fällen genügend Einfluss, um mit

¹ Vgl. auch vorne Abschn. 8.4.4.

² Vgl. F. von Steiger, AG 244; E. Schucany, Kommentar, Art. 713 N 1; Bürgi, Kommentar, Art. 713 N 9; Müllhaupt 77.

³ Je extensiver die Auskunftsrechte des Verwaltungsrates interpretiert werden, desto höher werden automatisch auch die Anforderungen an eine «pflichtgemässe» Ausübung derselben; insofern wird damit also auch eine Verpflichtung geschaffen; vgl. dazu auch vorne Abschn. 13.3.

seinen diesbezüglichen Wünschen zumindest teilweise durchzudringen. Dies trifft vor allem für den in doppelter Organschaft handelnden Verwaltungsrat zu, der dank seiner Kenntnisse über die abhängige Gesellschaft in der Konzernleitung oft eine Schlüsselposition im Entscheidungsprozess innehat⁴, aber auch für die «unabhängige Persönlichkeit», deren Ratschläge unter Umständen ebenfalls einiges Gewicht in der Konzerngesellschaft besitzen.

Allerdings dürfen die Möglichkeiten dieser Leute nicht überschätzt werden. Alles, was sie tun können, ist der Konzernleitung auf informellem Weg von der Anordnung nachteiliger Handlungen abzuraten und allenfalls beim Entscheid darüber sich dagegen auszusprechen⁵. Beachtet die Konzernleitung die Ratschläge aber nicht oder wird das doppelte Organ überstimmt, so bestehen auf dieser Ebene kaum mehr weitere Möglichkeiten, das Zustandekommen der Anordnung und damit einen Interessenkonflikt bei der Verwaltung der Konzerngesellschaft zu verhindern⁶. In diesem Falle müssen die angesprochenen Personen die fragliche Weisung vorerst einmal entgegennehmen und anschliessend in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Verwaltungsrates der abhängigen Gesellschaft darüber entscheiden, wie darauf zu reagieren ist.

19.3.2. Bestehen auf Einhaltung der Formalien

Eine weitere Möglichkeit, der Konzernleitung die Anordnung schädlicher Weisungen zu erschweren, besteht darin, dass der Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft eine strikte Einhaltung der vom Gesetz vorgesehenen formellen Vorschriften fordert⁷. Die ordnungsgemässe Abhaltung

⁴ Dies zumindest solange, als die zu treffende Entscheidung Auswirkungen auf «seine» Konzerngesellschaft hat.

⁵ Von dieser relativen Machtlosigkeit gibt es natürlich auch Ausnahmen. So weist von Greyerz darauf hin, dass selbst der Strohmann zuweilen «der starke Mann im Unternehmen» sein könne, der «seinen Auftraggebern durchaus die Stirn zu bieten» vermöchte; vgl. von Greyerz, Verwaltung 65. Solche Fälle dürften indessen relativ seltene Ausnahmeerscheinungen ohne repräsentativen Charakter darstellen.

⁶ Denkbar wären allenfalls noch gewisse Massnahmen des doppelten Organes in seiner Eigenschaft als Verwaltungsrat der Obergesellschaft, so z.B. Drohung mit Rücktritt, mit Verantwortlichkeitsklagen usw. Da der schädigende Beschluss aber für die Konzernleitung idR zumindest vordergründig vorteilhaft ist, wird die Wirkung solcher Beeinflussungsversuche zumeist gering bleiben.

⁷ Zur Bedeutung der Formalieneinhaltung als Risikobegrenzung für den Verwaltungsrat allg. vgl. Forstmoser, Beschränkung 39 sowie Staehelin 83 ff.

einer jährlichen Generalversammlung, die Wahl einer unabhängigen und fachlich kompetenten Kontrollstelle oder die Einhaltung der Kompetenzvorschriften für Generalversammlung und Verwaltung⁸ sind Beispiele für solche Formalien, deren Beachtung die Erteilung von fragwürdigen Weisungen zumindest verkompliziert und damit unter Umständen unattraktiv macht. Entsprechend bietet sich dem Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft hier die einzigartige Gelegenheit, die potentiellen Gefahren, die für ihn von der Konzernleitung ausgehen, von vornherein auf unverdächtigem Wege zu reduzieren. Ist letztere nämlich erst einmal bereit, sich diesen Regeln vollumfänglich zu unterwerfen, so verbaut sie sich damit selbst einen nicht geringen Teil ihres Handlungsspielraumes zum Erlass unzulässiger Anordnungen, da diese oftmals nur unter Missachtung der formellen Ordnungsvorschriften verwirklicht werden können⁹. Zeigt sie andererseits noch nicht einmal Bereitschaft, diese elementaren Grundsätze des Aktienrechts zu beachten, so muss dies ein deutlicher Hinweis für den Verwaltungsrat sein, die Haltbarkeit seiner Position generell zu überdenken und allenfalls Konsequenzen daraus zu ziehen.

So oder so stellt sich eine konsequent vertretene Forderung nach Einhaltung sämtlicher Formalien als ebenso notwendiges wie geeignetes Mittel zur Risikobegrenzung dar. Kann die Gefahr eines Interessenkonfliktes dadurch auch keineswegs beseitigt werden, so wird sie doch zumindest etwas reduziert. Zudem stellt dieses Vorgehen praktisch den einzigen Weg dar, auf welchem auch der abhängige Verwaltungsrat eine gewisse Vorsorge betreiben kann, ohne damit den Vorwurf mangelnder Loyalität gegenüber der Konzernleitung zu provozieren. Ein Bestehen auf Einhaltung der Formalien ist deshalb unabdingbar für jeden Verwaltungsrat einer abhängigen Konzerngesellschaft, will er sich nicht von vornherein in eine höchst fragwürdige Position versetzen lassen.

⁸ Zu diesem Zweck empfiehlt sich speziell die Aufstellung eines Organisationsreglementes; vgl. Stachelin 83 f.

⁹ Zum Zusammenhang materielle Pflichtwidrigkeit/Verletzung formeller Ordnungsvorschriften vgl. auch Forstmoser, Beschränkung 39.

19.4. Massnahmen zur Vermeidung von Verantwortlichkeitsklagen

19.4.1. Kompetenzdelegation

Die Delegation von Kompetenzen ist eine klassische Massnahme zur Begrenzung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates. Sie wurde bereits früher besprochen¹⁰ und ist hier nicht näher zu beschreiben. Von Interesse im vorliegenden Zusammenhang ist einzig die Teilfrage, ob sich der Verwaltungsrat einer abhängigen Gesellschaft durch Kompetenzdelegation von seiner Haftung für die Folgen nachteiliger Konzernweisungen befreien kann.

Diese Frage ist klar zu verneinen. Der Möglichkeit der Haftungsreduktion durch Kompetenzdelegation steht in diesem Spezialfall die Tatsache entgegen, dass die Weisungen der Konzernleitung vielfach Entscheidungen verlangen, die unternehmungspolitischer Natur sind und entsprechend gar nicht delegiert werden können¹¹. Aber selbst wenn die Anordnungen Kompetenzen betreffen, die delegierbar bzw. tatsächlich delegiert sind, kann der Verwaltungsrat idR nicht auf eine Verringerung seiner Verantwortlichkeit hoffen. In diesem Fall wird ihm nämlich zum Verhängnis, dass er als Folge der Kompetenzabtretung nicht nur verpflichtet ist, die Delegierten sorgfältig auszuwählen und zu instruieren, sondern ebenso zu prüfen, ob sich ihre Aktivitäten im Rahmen dessen bewegen, was gesetzlich und reglementarisch zulässig ist¹². Genau diese Prüfung unterbleibt nun aber offensichtlich, wenn der Verwaltungsrat die Geschäftsleitung widerspruchsfrei schädigende und damit widerrechtliche Konzernweisungen ausführen lässt¹³. Die Folge einer derartigen Verletzung der Überwachungspflicht ist aber wiederum eine Haftung nach OR 754, womit sich der betroffene Mandats-träger exakt derselben Situation gegenüber sieht, wie wenn er die fragliche Weisung selbst ausgeführt hätte. Die Kompetenzdelegation erweist sich so-

¹⁰ Vgl. vorne Abschn. 8.4.4.

¹¹ Zum Kreis der nicht delegierbaren Kompetenzen im einzelnen vgl. Vischer, Delegation 351 ff. sowie Horber 53 ff.

¹² Vgl. Meier-Wehrli 36; Horber 119.

¹³ Es stellt sich in diesem Zusammenhang immerhin die Frage, wie weit die Überwachungspflicht in concreto geht. Eine allgemeingültige Antwort darauf lässt sich indessen kaum geben; vgl. Horber 121. Sie ist allerdings vorliegend auch weniger von Interesse, da hier ja nicht die typische fahrlässige, sondern eine zumindest eventualvorsätzliche Verletzung der Überwachungspflicht zur Diskussion steht.

mit als völlig ungeeignet zur Reduktion des Haftungsrisikos des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft. Eine Abschwächung seines Interessenkonfliktes ist auf diesem Wege nicht erreichbar.

19.4.2. Abwesenheit und Stillschweigen

Die Frage, ob ein Fehlen bei entscheidenden Verwaltungsratssitzungen oder ein Stillschweigen bei den dort gefassten schädigenden Beschlüssen von Verantwortlichkeit entlastet, stellt sich idR einzig für die «unabhängige Persönlichkeit», da sich sowohl der abhängige Verwaltungsrat als auch der Minderheitenvertreter ein solches Verhalten ihren Auftraggebern gegenüber nicht leisten können. Allerdings entsteht ihnen dadurch kein Nachteil, da weder Stillschweigen noch verschuldete Abwesenheit die Haftung des Verwaltungsrates zu reduzieren vermögen¹⁴. Das «Schwänzen» von Sitzungen, in denen verantwortlichsrechtlich heikle Beschlüsse zu fassen sind, zählt sich damit für die «unabhängige Persönlichkeit» ebensowenig aus wie ihre Stimmenthaltung bei der entsprechenden Beschlussfassung selbst. Kennt sie erst einmal den schädigenden Charakter einer bestimmten Anordnung der Konzernleitung bzw. müsste sie diesen objektiverweise erkennen, so kann sie sich ihrer Verantwortlichkeit nur durch aktives Handeln entziehen, nicht jedoch durch demonstratives Wegschauen. Ihr Interessenkonflikt zwischen Streben nach Wahrung der gesetzlichen Vorschriften und Wunsch nach Aufrechterhaltung einer guten Beziehung zur Konzernleitung lässt sich durch Abwesenheit und Stillschweigen folglich nicht mildern.

19.4.3. Aktives Vorgehen gegen schädigende Verwaltungsratsbeschlüsse

Erteilt eine Konzernleitung ihren abhängigen Verwaltungsräten eine Weisung, so wird deren Umsetzung in konkrete Massnahmen oft Gegenstand einer Verwaltungsratssitzung und entsprechend auch eines Beschlusses dieses Gremiums sein. Besitzt die Weisung einen für die Konzerngesellschaft

¹⁴ Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 308 ff.; derselbe, Beschränkung 29; Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 93; Meier-Wehrli 32; Stauber 112; zur Begründung vgl. vorne Abchn. 8.4.4.

nachteiligen Charakter, so ist dieser Beschluss rechtswidrig und führt zu einer Haftung aller Mitglieder des entsprechenden Verwaltungsrates. Wie soeben gezeigt, vermag auch ein passives Verhalten nichts an dieser Rechtsfolge zu ändern; hingegen gibt es verschiedene andere Massnahmen, die einen Schutz vor den Forderungen der Geschädigten versprechen. Ihnen allen gemeinsam ist, dass sie ein aktives Vorgehen gegen die Schädigungsabsichten der Konzernleitung beinhalten, was bei dieser naturgemäss auf wenig Verständnis stossen wird. Daraus folgt, dass diese Vorkehrungen, soweit sie überhaupt realisierbar sind, idR nur dem freien Verwaltungsrat zur Verfügung stehen, da ein abhängiger Vertreter dasselbe Verhalten wohl umgehend mit dem Verlust seines Mandates bezahlen müsste. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich deshalb primär auf ersteren, womit aber nicht ausgeschlossen werden soll, dass auch letzterer in Ausnahmefällen von den aufgezeigten Möglichkeiten Gebrauch machen kann.

19.4.3.1. Protokollierung der abweichenden Meinung

Ist ein Mitglied des Verwaltungsrates der abhängigen Gesellschaft mit einem Beschluss des Gremiums nicht einverstanden, so hat es die Möglichkeit, seine abweichende Meinung protokollieren zu lassen. Ob eine solche zu Protokoll gegebene Distanzierung bereits entlastende Wirkungen zeitigt, ist allerdings umstritten. Nach der einen Meinung kann sich ein Verwaltungsrat auf diesem Weg von seiner Verantwortlichkeit befreien¹⁵, nach einer anderen Ansicht ist dies für sich allein für eine Entlastung vielfach nicht ausreichend¹⁶.

Letzterem muss de lege lata wohl zugestimmt werden. In Anbetracht der heute herrschenden Strenge bei der Beurteilung des Verwaltungsrates und seiner Tätigkeit dürfte es eine Illusion sein, von der Protokollierung einer abweichenden Meinung eine umfassende und allgemeingültige Entlastungswirkung zu erwarten. Ein solcher Effekt kann realistischerweise allenfalls dann erhofft werden, wenn dem betroffenen Verwaltungsrat ausser dem Rücktritt keine andere Möglichkeit zur Verfügung steht, sich dem fraglichen Beschluss zu widersetzen¹⁷. In allen anderen Fällen wird ihm demgegenüber zugemutet werden können, zusätzlich noch weitere Schritte

¹⁵ So Bürgi, Kommentar, Art. 698 N 90.

¹⁶ Vgl. Senn 171; Biggel 149; Meier-Wehrli 32; Stauber 112 FN 51.

¹⁷ Vgl. Albers 105.

zur Schadensverhütung zu unternehmen¹⁸. Trotzdem ist die Protokollierung der abweichenden Meinung keinesfalls als überflüssig zu betrachten, dokumentiert sie doch beweiskräftig den von allem Anfang an bestehenden Widerstand des Verwaltungsrates gegen einen gesellschaftsschädigenden Beschluss und wird damit zu einer wichtigen Grundlage für allfällige spätere Exkulpationsversuche¹⁹. In diesem Sinne stellt sie eine notwendige, wenn auch nicht immer ausreichende Voraussetzung für die Abwehr von Verantwortlichkeitsansprüchen dar, von welcher der konzernfreie Verwaltungsrat so oft als möglich Gebrauch machen sollte.

19.4.3.2. Schriftlicher Protest und Rückkommensantrag

Eine weitere Möglichkeit aktiver Gegenwehr gegen gesellschaftsschädigende Verwaltungsratsbeschlüsse ist die Einreichung eines schriftlichen Protestes gegen dieselben zuhanden des Verwaltungsrates. Sinnvollerweise wird dieser verbunden mit einem Antrag auf Wiedererwägung der kritisierten Entscheide²⁰.

Ein solcher Schritt kann in zwei Fällen in Betracht gezogen werden: entweder als Bekräftigung der bereits bei der Beschlussfassung geäusserten und protokollierten Ablehnung eines bestimmten Traktandums oder als Ersatz für den entsprechenden Vermerk, wenn der betreffende Verwaltungsrat unverschuldet an der fraglichen Sitzung nicht teilnehmen konnte. Die Schutzwirkung des schriftlichen Protestes hält sich allerdings in beiden Fällen in denselben engen Grenzen wie schon diejenige der Protokollierung der abweichenden Meinung. Auch der Protest bzw. der Rückkommensantrag stellen letztlich bloss ein verbales Bekenntnis dar, das zwar beweisrechtlich von Bedeutung sein kann, hingegen die haftungsbefreiende Qualifikation der äussersten gerade noch zumutbaren Massnahme oft nicht erlangen wird. Deshalb vermag die Einreichung eines schriftlichen Protestes

¹⁸ Wie diese Schritte in concreto auszusehen haben, lässt sich generell nicht festlegen, sondern hängt ganz vom Einzelfall ab; als Richtlinie hat aber auch hier stets das objektiv unter den gegebenen Umständen angemessene Verhalten zu dienen; vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 313.

¹⁹ Vgl. Hütte, Sorgfaltspflichten 41 f.; Bürgi, Kommentar, Art. 715 N 1.

²⁰ Während ein blosser Protest vom Verwaltungsrat wohl lediglich «zur Kenntnis genommen» würde, zwingt der damit verbundene Rückkommensantrag diesen wenigstens zu einem zusätzlichen Entscheid. Das opponierende Ratsmitglied ist deshalb solange zur Stellung eines solchen Antrages verpflichtet, als dieser nicht völlig aussichtslos erscheint; vgl. auch Stauber 112.

die Lage des Verantwortlichkeitsansprüche fürchtenden Verwaltungsrates zumindest dann nicht wesentlich zu verbessern, wenn dessen ablehnende Haltung zu einem bestimmten Beschluss schon durch deren Protokollierung aktenkundig ist²¹. Ist dies hingegen nicht der Fall, so stellt die Einreichung eines schriftlichen Protestes einen tauglichen, aber auch notwendigen Ersatz für die Protokollierung dar, mit welchem der unverschuldet abwesende, den Beschluss ablehnende Verwaltungsrat seine Stellung derjenigen des an der Abstimmung teilnehmenden Beschlussgegners angleichen kann.

19.4.3.3. Weiterzug des Beschlusses an die Generalversammlung

Hat ein opponierendes Verwaltungsratsmitglied seine abweichende Meinung zu einem ihm rechtswidrig erscheinenden Beschluss erst einmal protokollieren lassen und/oder schriftlichen Protest dagegen eingereicht, so hat es seine Möglichkeiten, innerhalb des Gremiums einen Meinungsumschwung zu erreichen, weitgehend ausgeschöpft. Ist sein Bemühen erfolglos geblieben – was die Regel sein wird –, so fordert seine Treuepflicht, dass es nach weiteren Wegen zur Verhinderung der geplanten Gesellschaftsschädigung sucht.

Die naheliegendste Möglichkeit dazu scheint der Versuch zu sein, den fraglichen Beschluss an die Generalversammlung weiterzuziehen und dort auf seine Übereinstimmung mit dem Gesellschaftsinteresse überprüfen zu lassen. Dem stehen nun aber verschiedene rechtliche und praktische Bedenken gegenüber, deren Berechtigung vorerst abzuklären ist.

In rechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, wie weit ein solcher Weiterzug mit der Kompetenzordnung innerhalb der Aktiengesellschaft vereinbar ist. Die Antwort darauf ist auch heute noch nicht frei von Kontroversen, obwohl die Diskussion zu diesem Thema nun schon seit Jahrzehnten andauert. Grund dafür ist die enge Verflechtung des Problems mit der ebenfalls noch nicht einmütig beantworteten Frage nach dem allgemeinen Verhältnis der Organe zueinander. Folgt man dem heute weitgehend anerkannten Paritätsprinzip, welches die grundsätzlich alleinige Zuständigkeit jedes Organes in seinem Aufgabenbereich postuliert²², so ergibt sich zwangs-

²¹ Hingegen wird ihm die Unterlassung dieser Massnahme unter Umständen später zum Vorwurf gereichen, wie FN 20 zeigt.

²² Vgl. auch vorne Abschn. 7.2. mit den dort aufgeführten Verweisen.

läufig eine restriktive Einstellung zur Zulässigkeit des Weiterzuges von Verwaltungsratsbeschlüssen an die Generalversammlung. Tatsächlich schränken die neueren Publikationen zu diesem Problem die Kompetenz der letzteren zu einer solchen Überprüfung durchwegs stark ein und stellen sich damit in Gegensatz v.a. zu Siegwart, welcher der Generalversammlung noch das Recht zusprach, bei Fassung rechtswidriger Beschlüsse durch den Verwaltungsrat «immer» einzugreifen²³. Am deutlichsten wird dies bei Stauber, der ein generelles Recht zum Weiterzug von Verwaltungsratsbeschlüssen an die Generalversammlung rundweg ablehnt²⁴, während andere Autoren die Möglichkeit der Anrufung der Generalversammlung zumindest dem Grundsatz nach noch befürworten²⁵. Da auch sie aber einen Weiterzug nur in «schwerwiegenden Fällen»²⁶ zulassen wollen, herrscht im Endeffekt heute Einigkeit darüber, dass zumindest nicht jeder gesetzes- oder statutenwidrige Verwaltungsratsbeschluss an die Generalversammlung weitergezogen werden kann²⁷. Als von Verantwortlichkeit entlastende «Gegenmassnahme» scheidet diese Möglichkeit deshalb in aller Regel aus.

Abgesehen von den rechtlichen Bedenken erweist sich der Versuch, einen rechtswidrigen Verwaltungsratsbeschluss durch die Generalversammlung zu Fall bringen zu wollen, aber auch aus rein praktischen Gründen als untauglich. So muss der opponierende Verwaltungsrat von vornherein mindestens über 10% des Grundkapitals verfügen, um sein Anliegen vor dem Aktionärskreis überhaupt zur Behandlung bringen zu können²⁸. Selbst wenn ihm das gelingt, sieht er sich dort einer festgefühten und homogenen Majorität gegenüber, die nicht selten sogar durch dieselben abhängigen Verwaltungsräte vertreten wird, die schon den «angefochtenen» Beschluss gefasst haben²⁹. Die Chancen des Opponenten, sich mit seinem Anliegen durch-

²³ Vgl. A. Siegwart, Anfechtung 422.

²⁴ Vgl. Stauber 117 unter Verweis auf Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 18 N 26 und weitere Quellen.

²⁵ So Nenninger 126 und Albers 106.

²⁶ Nenninger 126.

²⁷ A.M. offenbar einzig Schulthess 57.

²⁸ Nach OR 699 III können Aktionäre, die den zehnten Teil des Grundkapitals vertreten, (jederzeit) die Einberufung einer (ausserordentlichen) Generalversammlung verlangen. Diese Quote gilt nach verbreiteter Meinung analog für das Recht, ein Traktandum auf die Tagesordnung der ordentlichen GV zu bringen; vgl. im einzelnen Nenninger 124 f.; Albers 106 mit Verweisen.

²⁹ Bei Existenz von fiduziarischen Verwaltungsräten ist diese Situation sogar die Regel, da dort die wahren Hauptaktionäre weder auftreten noch auch nur bekannt sind.

zusetzen, sind damit praktisch gleich Null. Unter Umständen wird sich die Generalversammlung mit dem Traktandum noch nicht einmal auseinandersetzen, sondern von vornherein von ihrem Recht Gebrauch machen, ein Eintreten darauf mittels Mehrheitsbeschluss abzulehnen³⁰. Verzichtet sie auf diese Möglichkeit und behandelt das Problem, so ist die Ablehnung des Antrages bzw. die Bestätigung des Verwaltungsratsbeschlusses praktisch vorprogrammiert, was die für diesen verantwortliche Verwaltungsratsmehrheit in ihrem Willen zu dessen Durchführung nur noch bestärken wird. Damit erweist sich aber der Versuch eines Weiterzuges schädigender Beschlüsse vollends als verfehlt, da er nicht nur rechtlich fragwürdig und praktisch chancenlos ist, sondern sich unter Umständen sogar als kontraproduktiv erweisen kann.

19.4.3.4. Anfechtung des Beschlusses beim Richter

Die Frage, ob ein Verwaltungsratsbeschluss von einem Aktionär oder einem opponierenden Verwaltungsrat beim Richter angefochten werden kann, war noch in den vierziger Jahren Gegenstand heftiger Kontroversen. Obwohl das Gesetz eine derartige Klage nirgends vorsieht, forderte ein nicht unbedeutender Teil der Lehre die Zulassung einer gerichtlichen Anfechtungsmöglichkeit unter Annahme einer Gesetzeslücke bei OR 706³¹. Dieser Forderung wurde 1950 durch das Bundesgericht dann allerdings eine klare und wohlbegründete Absage erteilt³². Seither spricht sich die ganz herrschende Doktrin, z.T. unter Berufung auf überwähnten Entscheid, gegen die Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen aus³³.

Dieser Ansicht ist denn auch zuzustimmen. Die Forderung, die Beschlüsse des Verwaltungsrates einer direkten richterlichen Kontrolle zu unterstellen, ist nämlich nur schon aus grundsätzlichen Überlegungen nicht akzeptierbar, würde dadurch doch in schwerwiegender Weise in die ureigenste

³⁰ Vgl. dazu Bürgi, Kommentar, Art. 700 N 30.

³¹ So v.a. A. Siegwart, Anfechtung 421 ff. und, ihm folgend, von Büren 149 f. FN 2; ebenso Stebler 85 ff. und Wehrli 102, der das Anfechtungsrecht allerdings auf den überstimmten Verwaltungsrat beschränken wollte.

³² Vgl. BGE 76 II 61 ff.

³³ So u.a. Weiss N 238; Bürgi, Kommentar, Art. 706 N 6, Art. 716 N 24; Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 24 N 11; Guhl/Merz/Kummer 666; Kohler 31 ff.; Meier-Wehrli 60; Nenninger 123 f. und Albers 107 f. Seine Haltung ausdrücklich bestätigt hat seither auch das Bundesgericht; vgl. BGE 109 II 243 f. A.M. neuerdings nun aber wieder Stauber 165 ff., 206.

Aufgabe der Verwaltung, die eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft, eingegriffen³⁴. Dazu kommt, dass das Gesetz eine entsprechende Klagemöglichkeit nun einmal nicht vorsieht und dass, wie das Bundesgericht es ausdrückt, «das Vorliegen einer Gesetzeslücke nicht leichthin angenommen werden darf»³⁵, sondern von bestimmten Voraussetzungen abhängt, die vorliegend offensichtlich nicht gegeben sind³⁶. Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Zulassung einer Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen auch praktisch zu schwerwiegenden Problemen führen würde. Einerseits wäre die damit bezweckte Kontrolle, zumal vom Verwaltungsrat kleinerer Gesellschaften, relativ leicht zu unterlaufen, indem bestimmte Beschlüsse gar nicht formell gefasst, sondern im stillschweigenden Einverständnis aller oder der Mehrheit der Verwaltungsräte einfach durchgeführt würden³⁷, andererseits wäre aber vor allem auch die so dringend notwendige unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Verwaltungsrates³⁸ aufs höchste gefährdet, wenn jeder formell gefasste Beschluss dem Risiko der Anfechtung durch irgendeinen misstrauischen und unter Umständen wenig kompetenten Kleinaktionär unterliegen würde³⁹. Die rechtlich begründete Ablehnung der Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen muss deshalb auch aus praktischen Überlegungen begrüsst werden, wenn damit auch dem opponierenden Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft eine weitere Möglichkeit zur Bekämpfung rechtswidriger Beschlüsse verschlossen wird.

19.4.3.5. Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses

Wenn soeben festgestellt wurde, dass ein Verwaltungsratsbeschluss nicht angefochten werden kann, so bedeutet dies noch nicht, dass eine Anrufung des Richters durch ein diesen ablehnendes Ratsmitglied grundsätzlich ausgeschlossen ist. Verletzt ein Beschluss nämlich besonders wichtige gesetzliche Vorschriften, so kann der opponierende Verwaltungsrat unter Um-

³⁴ Im gleichen Sinne Albers 107.

³⁵ BGE 76 II 63.

³⁶ So kann insbesondere nicht davon ausgegangen werden, dass das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung auf einem Übersehen des Gesetzgebers beruht; vgl. im einzelnen Weiss N 239 sowie BGE 76 II 62 f.; a.M. Stauber 203 f.

³⁷ Vgl. Nenninger 124.

³⁸ Vgl. dazu auch vorne Abschn. 7.3.2.

³⁹ Ähnlich Albers 108; Nenninger 124.

ständen eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit desselben einreichen⁴⁰. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass effektiv ein nichtiger Verwaltungsratsbeschluss vorliegt. Davon kann aus Gründen der Rechtssicherheit aber nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen ausgegangen werden. So gelten Verwaltungsratsbeschlüsse erst dann als nichtig, wenn sie qualifiziert widerrechtlich⁴¹, unmöglich oder gegen die guten Sitten verstossend sind oder wenn sie schwerwiegende formelle Mängel aufweisen⁴².

Damit wird klar, dass lange nicht jeder mit Blick auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit als problematisch zu bezeichnende Beschluss gleichzeitig auch nichtig ist. Dies ist indessen nicht der einzige Grund, weshalb die Nichtigkeitsklage als Mittel zur Haftungsbegrenzung für den Verwaltungsrat nur von beschränktem Nutzen ist. Wohl noch entscheidender ist diesbezüglich die Tatsache, dass gerade Schädigungen grösseren Ausmasses aus naheliegenden Gründen nur selten formell anlässlich einer Verwaltungsratssitzung beschlossen, hingegen um so öfter in stillschweigendem Einverständnis zwischen Konzernleitung und abhängigen Verwaltungsräten einfach in die Wege geleitet werden. In solchen Situationen fehlt es dem klagewilligen Opponenten schlicht an einem nachweisbaren Beschluss, dessen Nichtigkeit er feststellen lassen könnte, womit die Klagemöglichkeit auch hier dahinfällt. Berücksichtigt man schliesslich noch, dass selbst formell gefasste nichtige Verwaltungsratsbeschlüsse nicht unbedingt auf Anhieb als solche erkennbar sein müssen, sondern vielfach ihren wahren Charakter erst später offenbaren, so wird deutlich, dass diejenigen Situationen, in welchen ein Verwaltungsratsmitglied der abhängigen Konzerngesellschaft die Anhebung einer Nichtigkeitsklage ernsthaft in Erwägung ziehen kann, Seltenheitswert besitzen.

Tritt eine derartige Sachlage allerdings tatsächlich einmal ein, so ist der auf Erfüllung seiner Pflichten bedachte Verwaltungsrat nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, die Durchführung des nichtigen Beschlusses durch seine Klage zu verhindern. Obwohl Nichtigkeit grundsätzlich von

⁴⁰ Für Einzelheiten zu dieser Klage und ihren Voraussetzungen vgl. Stauber 119 ff. mit weiteren Verweisen.

⁴¹ Qualifiziert widerrechtlich ist ein Beschluss, wenn sein Inhalt «zwingende Gesetzesnormen oder allgemeine Rechtsgrundsätze verletzt, die den Schutz von öffentlichen oder von Interessen Dritter bezwecken, oder zum Wesen der Aktiengesellschaft in unvereinbarem Gegensatz steht»; vgl. Stauber 122.

⁴² Zu den Nichtigkeitsgründen im einzelnen vgl. Weiss N 227 ff.; Bürgi, Kommentar, Art. 716 N 25 mit Verweisen; Nenninger 122.

Amtes wegen zu beachten ist⁴³, wird der Beschluss ohne Klage vielfach zur Ausführung gelangen, da ausserhalb des Verwaltungsrates niemand Kenntnis davon erhält. Ist dies der Fall und wird dadurch jemand geschädigt⁴⁴, so haften nicht nur diejenigen Verwaltungsräte, die den Beschluss gefasst und durchgeführt haben, sondern auch diejenigen, die trotz ihrer grundsätzlichen Ablehnung des Entscheides die Möglichkeit zur Klageeinleitung ungenutzt verstreichen lassen und damit den Schaden überhaupt erst ermöglicht haben. Die Einreichung einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit stellt damit zumindest dem Grundsatz nach eine der wenigen Möglichkeiten dar, die einem opponierenden Verwaltungsrat als Vorsorgemassnahme gegen allfällige spätere Verantwortlichkeitsansprüche effektiv zur Verfügung stehen. Es ist indessen nochmals zu betonen, dass die Voraussetzungen zu einer derartigen Klage in praxi so selten gegeben sind, dass von einer allgemeinen Entlastungsmöglichkeit bereits kaum mehr gesprochen werden kann.

19.4.4. *Niederlegung des Mandates*

Die Niederlegung des Mandates aus Protest gegen einen Verwaltungsratsbeschluss ist wohl die nach aussen hin spektakulärste Massnahme, die ein opponierendes Ratsmitglied ergreifen kann. Allein die Drohung mit dem Rücktritt wird in bestimmten Fällen ein Überdenken des fraglichen Beschlusses nach sich ziehen, v.a. wenn es sich beim Opponenten um eine in der Öffentlichkeit bekannte Persönlichkeit handelt⁴⁵.

Die psychologische Wirkung ist denn auch das stärkste Argument für die Wahl gerade dieser Reaktionsmöglichkeit auf einen drohenden oder schon gefassten rechtswidrigen Verwaltungsratsbeschluss. Entgegen dem ersten Anschein sind die rechtlichen Auswirkungen einer Demission auf die Stellung des abtretenden Verwaltungsrates nämlich eher bescheiden. Zwar en-

⁴³ Vgl. Bürgi, Kommentar, Art. 716 N 25.

⁴⁴ Solche Schädigungen sind trotz der von Anfang an bestehenden rechtlichen Unwirksamkeit des Beschlusses durchaus möglich; man denke nur z.B. an einen in nichtiger Weise beschlossenen, aber anschliessend effektiv getätigten Verkauf eines Aktivums an einen gutgläubigen Erwerber; vgl. auch E. Schucany, Kommentar, Art. 706 N 1A; Bürgi, Kommentar, Art. 706 N 17.

⁴⁵ Was ja gerade beim konzernfreien Verwaltungsrat oft der Fall ist.

digen seine Pflichten und Verantwortlichkeiten im Augenblick seines Ausscheidens, doch entfällt eine Haftung nur für zukünftige, von ihm nicht mehr beeinflussbare Schäden. Findet hingegen ein erst später eintretender Schaden seine Grundlagen in der Zeit vor der Demission, so haftet der zurückgetretene Verwaltungsrat vollumfänglich dafür⁴⁶.

Genau diese Voraussetzung ist aber im vorliegend interessierenden Zusammenhang durchwegs gegeben, da der Verwaltungsrat ja erst nach der Fassung des die Schädigungsgrundlage bildenden Beschlusses zurücktritt⁴⁷. Dass er gerade wegen dieses Entscheides seine Demission einreicht, nützt ihm verantwortlichkeitsrechtlich gesehen wenig, da ein Rücktritt ein rein passives Verhalten darstellt, welches nichts dazu beiträgt, die Realisierung der beschlossenen Schädigung zu verhindern⁴⁸. Zumindest in all den Fällen, in denen dem Verwaltungsrat auch ein aktives Handeln zuzumuten gewesen wäre, wird die Niederlegung des Mandates deshalb keine Haftungsbefreiung zur Folge haben⁴⁹. Ein solcher Schritt ist deshalb im Sinn einer «ultima ratio» erst dann angebracht, wenn andere Massnahmen erfolglos geblieben sind oder gar nicht erst zur Diskussion standen. In allen anderen Fällen gilt er als zur Unzeit erfolgt⁵⁰, womit ihm, ähnlich wie schon dem schriftlichen Protest, einzig noch eine beweisrechtliche Funktion zukommen kann.

19.5. Flankierende Massnahmen

In den vorhergehenden Abschnitten wurde umrissen, welche Wege dem Verwaltungsratsmitglied der abhängigen Konzerngesellschaft grundsätzlich zur Verfügung stehen, um den seiner Stellung immanenten Interessenkonflikt zumindest etwas erträglicher zu gestalten. Dabei musste festgestellt werden, dass diesbezüglich die Möglichkeiten v.a. für den abhängigen Verwaltungsrat in jeder Hinsicht äusserst begrenzt sind. In diesem Zusammenhang muss betont werden, dass die erfolgte Aufzählung zwangsläufig nur

⁴⁶ Vgl. Hirsch, responsabilité 264; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 753.

⁴⁷ Ein quasi vorsorglicher Rücktritt noch vor der offiziellen Fassung des Beschlusses ist zwar theoretisch denkbar, jedoch i.a. wenig sinnvoll, da sich der Verwaltungsrat damit selbst der Möglichkeit beraubt, den Entscheid noch zu beeinflussen.

⁴⁸ Vgl. Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 94.

⁴⁹ Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 754 mit weiteren Verweisen.

⁵⁰ Vgl. Albers 101.

die rechtlich erfassbaren Vorgehensweisen berücksichtigen bzw. beurteilen konnte. Neben diesen sind unzählige andere Massnahmen denkbar, mit welchen der Verwaltungsrat sein Ziel, schädigende Anweisungen zu verhindern oder, wenn dies nicht möglich ist, sich wenigstens der persönlichen Verantwortlichkeit zu entziehen, mehr oder weniger umfassend erreichen kann. All diesen Tatbeständen ist indessen gemeinsam, dass sie sich in einem ausserrechtlichen und informellen Bereich abspielen, welcher der juristischen Beurteilung und Wertung verschlossen bleibt. Ein geschickt angebrachtes Votum des Verwaltungsrates an der Generalversammlung, eine zweideutige Anspielung einem kritischen Journalisten gegenüber, ein vertrauliches Gespräch am Kaminfeuer mit dem befreundeten Verwaltungsratspräsidenten der Konzernleitung, all dies kann Folgen auslösen, welche die Situation des Verwaltungsrates viel tiefgreifender ändern als ein schriftlicher Protest oder der Versuch, einen Beschluss der Generalversammlung formell zur Überprüfung vorzulegen. Die Betonung liegt aber hier bewusst und eindeutig auf «kann», da solche Rezepte niemals Allgemeingültigkeit erreichen werden.

Ähnlich steht es mit der von der Lehre und Praxis grundsätzlich anerkannten Tatsache, dass der abhängige Verwaltungsrat im Falle des Eintritts einer Haftung intern auf seinen Auftraggeber zurückgreifen kann⁵¹. Der Umstand, dass eine solche Möglichkeit im Prinzip besteht, bedeutet noch lange nicht, dass der betroffene Mandatsträger letztendlich den Schaden nicht doch alleine tragen muss⁵², weshalb eine echte Verbesserung seiner Lage dadurch nicht erreichbar ist. All diese Möglichkeiten und Rückversicherungen sind somit letztlich allenfalls im Sinne von flankierenden Massnahmen von Bedeutung, auf welche der Verwaltungsrat fallweise zurückgreifen kann, die jedoch mangels Allgemeingültigkeit nichts am grundsätzlichen Resultat dieses Paragraphen zu ändern vermögen.

⁵¹ Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, AG § 25 N 26.

⁵² Z.B. weil der Auftraggeber selbst insolvent oder nicht greifbar ist, was gerade beim Zusammenbruch von Kleinkonzernen, die durch eine einzige Person beherrscht werden, keine Seltenheit darstellt.

§ 20 Möglichkeiten de lege ferenda

20.1. Vorbemerkung

Kann schon der einzelne Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft kaum etwas zur Milderung oder gar Überwindung seines Interessenkonfliktes vorgehen, so muss die Lösung des Problems von einer anderen Seite kommen. Aufgerufen ist der Gesetzgeber, der hier auf den Platz treten müsste, nachdem die vorliegende Problematik de lege lata, wie mehrfach gezeigt, nicht befriedigend lösbar ist. Allerdings scheint dieses Anliegen im Augenblick politisch kaum Priorität zu geniessen, wie Äusserungen der zuständigen Instanzen zeigen¹. Trotzdem lohnt es sich, einige Gedanken darüber zu verlieren, auf welchem Wege eine Verbesserung der heutigen unbefriedigenden Situation erreicht werden könnte.

20.2. Aktienrechtsrevision oder Konzernrecht?

Ganz grundsätzlich stellt sich vorerst die Frage, ob die beanstandete Konfliktsituation durch eine Anpassung einzelner aktienrechtlicher Bestimmungen entschärft werden kann oder ob eine Lösung nur im Rahmen der Schaffung eines eigentlichen Konzernrechtes zu finden ist. M.E. muss von letzterem ausgegangen werden, und zwar aus zwei Gründen: Zum einen besteht für die Abänderung einzelner Normen, wie auch der Vorschlag von

¹ So z.B. des Bundesrates, der in der Botschaft über die Revision des Aktienrechtes lapidar feststellt, dass die Probleme des Konzerns «in einer weiteren Revisionsphase gelöst werden müssen», was erfahrungsgemäss einer Verschiebung um Jahre bis Jahrzehnte gleichkommt; vgl. Botschaft 1983, 5.

Albers zeigt², nur ein sehr beschränkter Spielraum, solange das Gesamtsystem und insbesondere der mit dem Problem eng verflochtene Minderheiten- und Gläubigerschutz nicht ebenfalls revidiert wird; zum anderen wäre es aber auch kurzsichtig, aus der gesamten Konzernrechtsproblematik hier nur einen Teilaspekt herausgreifen und separat vorab regeln zu wollen. Ein solches Vorgehen würde verkennen, dass neben dem Problem des Interessenkonfliktes noch viele weitere, nicht weniger drängende Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Konzern einer Lösung harren³. Diese kann wiederum, soll sie wirklich befriedigen, nur durch eine umfassende Normierung dieser Unternehmensform gefunden werden. Ein Vorschlag zur Überwindung des Interessenkonfliktes des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft muss deshalb m.E. eingebettet sein in ein neu zu schaffendes Normensystem, in welchem alle mit dem Konzern zusammenhängenden gesellschaftsrechtlichen Fragen umfassend und praxisnah geregelt sind.

20.3. Verbot von Weisungen oder Regelung ihrer Folgen?

Geht man von der Notwendigkeit der Schaffung eines Konzernrechtes aus, so ist auch das Problem der Verantwortlichkeit in der Konzerngesellschaft nicht isoliert, sondern im grösseren Zusammenhang des Verhältnisses Konzernleitung/abhängige Gesellschaft zu betrachten. Zweifellos wird im Rah-

² Albers entwickelt in seiner Dissertation zur Lösung der Haftungsprobleme im Konzern drei neue, dem geltenden Aktienrecht beizufügende Normen. Zur Entschärfung des Interessenkonfliktes des abhängigen Verwaltungsrates schlägt er einen neuen Absatz III zu OR 722 vor, der allerdings lediglich eine Präzisierung und Konkretisierung des in OR 722 I umschriebenen Grundsatzes der allgemeinen Sorgfaltspflicht darstellt. Auf eine eigentliche Änderung der Verantwortlichkeitsvorschriften für den Fall des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft verzichtet Albers hingegen bewusst mit der Begründung, dass eine solche Modifikation innerhalb des geltenden Aktienrechtes theoretisch bedenklich und praktisch fragwürdig wäre. Folge dieser Selbsteinschränkung ist indessen, dass das eigentliche Ziel der vorgeschlagenen Vorschrift, die Beseitigung des Interessenkonfliktes des Verwaltungsrates der abhängigen Gesellschaft, nur in sehr bescheidenem Umfang erreicht wird; vgl. im einzelnen Albers 197 ff.

³ So v.a., mit dem Problem des Interessenkonfliktes zusammenhängend, aber auch darüber hinausgehend, die bereits angesprochene Problematik des Minderheiten- und Gläubigerschutzes; weitere aktuelle Themenkreise sind z.B. der Schutz der Vertragspartner und Arbeitnehmer, der Umfang der Publizitätspflicht oder die verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der Konzernbildung und -auflösung.

men eines Konzernrechtes ohnehin ganz grundsätzlich festgelegt werden müssen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Obergesellschaft über ein rechtlich durchsetzbares Weisungsrecht gegenüber dem Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft verfügen soll und wie die durch dieses Weisungsrecht betroffenen Minderheitsaktionäre und Gläubiger der letzteren vor Schaden bewahrt werden können. Im Rahmen dieser Hauptfrage wird dann auch die Verantwortlichkeit des weisungsempfangenden Verwaltungsrates zu regeln sein, wobei sich der Umfang unmittelbar aus der Regelung der Weisungsbefugnis selbst ergibt.

Zur Lösung der Weisungsproblematik bieten sich verschiedene Modelle an, die nachfolgend kurz skizziert werden sollen.

Die weitestgehende Massnahme wäre ein völliges Verbot aller Konzernweisungen. Die Problematik würde dadurch an ihrer Wurzel gepackt, der Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft zumindest theoretisch von seinem Interessenkonflikt befreit. Trotzdem ist diese Lösung unrealistisch und nicht erstrebenswert. Sie würde nichts weiter bewirken als eine Festschreibung der heute schon bestehenden Divergenz zwischen Theorie und Praxis mit all ihren Problemen. Könnte das Verbot andererseits durchgesetzt werden, würde der Konzern, so wie er heute existiert, in seinen Grundfesten getroffen, was nicht das Ziel des Gesetzgebers sein kann. Ein völliges Weisungsverbot ist deshalb mit Nachdruck abzulehnen.

Weniger radikal wäre die zweite denkbare Lösungsvariante: ein grundsätzliches Verbot von allen nachteiligen Weisungen mit Ausnahmeregelung für den Fall, dass die durch jene verursachten Schädigungen vollumfänglich ausgeglichen werden. Diese Lösung wurde im deutschen Aktienrecht verwirklicht⁴, ist aber bis heute stark umstritten geblieben⁵. Tatsächlich vermag das System schon von seinem Ansatz her nicht zu überzeugen. Anstatt Schädigungen von vornherein zu vermeiden, begnügt es sich mit einer nachträglichen Ausgleichung des entstandenen Schadens, was naturgemäss mit beträchtlichen Problemen bei dessen Feststellung und Bewertung verbunden ist. Dazu kommt, dass auch die Situation des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft keine entscheidende Verbesserung erfährt, da seine Verantwortlichkeit für Benachteiligungen der Konzerngesellschaft ja nicht aufgehoben, sondern lediglich anderen Voraussetzungen

⁴ Vgl. §§ 311 ff. AktG.

⁵ Abgesehen von verschiedenen dogmatischen Streitpunkten wird der Regelung v.a. vorgeworfen, dass sie zu kompliziert und nicht praktikabel sei; vgl. im einzelnen Emmenrich/Sonnenschein 208 ff.; Lutter 159 f.

unterstellt wird⁶. Gesamthaft gesehen ist die Lösung des deutschen Aktiengesetzes deshalb ein wenig überzeugender Kompromiss zwischen völligem Verbot und vollständiger Zulassung von Konzernweisungen, dessen Übernahme in ein schweizerisches Konzernrecht m.E. nicht angebracht ist.

Als dritte und letzte Variante bleibt nun noch zu überprüfen, ob ein künftiges Schweizer Konzernrecht eine generelle Zulassung von Konzernweisungen im Rahmen der gerechtfertigten Interessen des Gesamtkonzerns vorsehen könnte. Ein solches System hätte den Vorteil, den Bedürfnissen der Praxis zu entsprechen und gleichzeitig den Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft vor einem Interessenkonflikt zu bewahren, da er für in Befolgung von Weisungen verursachte Schäden aufgrund der Rechtmässigkeit seines Handelns ja nicht mehr haftbar gemacht werden könnte. Auf der anderen Seite schafft diese Variante aber eine ganze Anzahl von neuen Problemen, ohne deren befriedigende Lösung ihre Verwirklichung ausgeschlossen ist. Dies betrifft v.a. den Bereich des Minderheiten- und Gläubigerschutzes sowie der Verantwortlichkeit bei Befolgung unzulässiger Weisungen. Es ist deshalb vorerst zumindest summarisch abzuklären, ob die mit der Zulassung eines Weisungsrechtes in diesen Gebieten auftretenden Schwierigkeiten de lege ferenda überhaupt angemessen lösbar sind.

Was den Minderheitenschutz betrifft, so ist davon auszugehen, dass Schädigungen der abhängigen Gesellschaft bei Zulassung eines Weisungsrechtes der Konzernleitung vermehrt auftreten werden. Es muss deshalb eine Möglichkeit gefunden werden, den damit verbundenen Verletzungen der Interessen der Minderheitsaktionäre wirksam zu begegnen. Wie bereits festgestellt wurde, ist die an sich naheliegendste Massnahme zur Erreichung dieses Ziels, die Verpflichtung der Konzernleitung zur nachträglichen Schadensausgleichung, v.a. aus Bewertungsgründen nicht empfehlenswert. Deshalb muss versucht werden, eine Schädigung der Minderheitsaktionäre von vornherein zu verunmöglichen. Eine reele Möglichkeit dazu stellt eine im deutschen Aktienrecht bereits verwirklichte⁷ und seither ver-

⁶ An Stelle der Haftung für pflichtwidrige Weisungsbefolgung tritt hier eine Haftung für pflichtwidrige Unterlassung der Angabe einer Schädigung im sog. Abhängigkeitsbericht; vgl. § 318 I AktG. Da der Haftpflichtige beim zweiten Tatbestand aber den faktischen Einflüssen der Konzernleitung nicht weniger unterliegt als beim ersten, bleibt die Gefahr eines Interessenkonfliktes in beiden Fällen gleich gross.

⁷ Vgl. §§ 304 f. AktG; die erwähnten Vorschriften beziehen sich allerdings auf den hier nicht interessierenden Vertragskonzern.

schiedentlich auch für andere Rechtsordnungen vorgeschlagene⁸ Regelung dar, gemäss welcher die Konzernleitung verpflichtet wird, den Minderheitsaktionären umgehend nach Eintritt des Konzernatbestandes⁹ zur freien Auswahl den Umtausch ihrer Aktien in solche der herrschenden Gesellschaft bzw. eine Barabfindung sowie eine Renditesicherung in Form einer Dividendengarantie anzubieten¹⁰. Ohne auf Details dieses oder anderer, ähnlich gelagerter Vorschläge¹¹ einzugehen, kann doch festgestellt werden, dass mit einem derartigen Konzept eine befriedigende Lösung des Minderheitenschutzproblems in der Konzerngesellschaft erreichbar sein sollte. Ist dies aber der Fall, so spricht zumindest aus dieser Sicht nichts mehr gegen eine Zulassung von Konzernweisungen.

Ganz ähnlich wie soeben beschrieben stellt sich die Lage beim Problem des Gläubigerschutzes dar. Zwar ist der Gläubiger im Gegensatz zum Minderheitsaktionär nicht durch jede für die Konzerngesellschaft nachteilige Weisung gefährdet, sondern nur dann, wenn dadurch eine Zahlungsunfähigkeit derselben verursacht wird. Trotzdem muss auch er davor geschützt werden, bei Eintritt einer solchen Situation zu Schaden zu kommen. Nachdem ihm der Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft als Haftpflichtiger nicht mehr zur Verfügung steht, drängt es sich auf, der weisungserteilenden Konzernleitung die Verantwortlichkeit zu übertragen. Tatsächlich existieren auch in dieser Hinsicht bereits entsprechende Vorschläge, die z.B. eine subsidiäre Haftung der letzteren für bei der abhängigen Gesellschaft nicht erhältliche Forderungen vorsehen¹². Auch dieses Problem scheint somit lösbar, weshalb sich hieraus ebenfalls keine Argumente gegen eine Zulassung von Konzernweisungen ableiten lassen.

⁸ Vgl. den von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften am 30. April 1975 verabschiedeten «Vorschlag einer Verordnung über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften (SE)», abgedruckt in Beilage 4/1975 zum Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Art. 228/231; ebenso, auf diesen Entwurf gestützt, von Graffenried 174 ff. und Zweifel, Minderheiten 97 f.

⁹ Der SE-Vorschlag spricht in Art. 228 I von einer «angemessenen Frist», innerhalb welcher die Angebote zu unterbreiten seien.

¹⁰ Zur Regelung im einzelnen vgl. für das deutsche Recht Emmerich/Sonnenschein 171 ff.; für den SE-Vorschlag von Graffenried 158 ff., 181 f.; Tschäni 172 ff.

¹¹ Zu nennen ist hier insbesondere Ruedin, der ein eigenes, primär auf Abfindung der freien Aktionäre ausgerichtetes Schutzsystem entwickelt hat. Gemäss diesem Ansatz sollen vom Augenblick des Eintritts des Konzernatbestandes an sowohl die Minderheitsaktionäre eine Übernahme ihrer Aktien als auch die Konzernleitung eine Übergabe derselben zu einem angemessenen Preis verlangen können; die Stellung einer Dividendengarantie ist hingegen nicht vorgesehen; vgl. im einzelnen Ruedin, ZSR 253 ff. und SAG 104 ff.

¹² Vgl. Art. 239 des SE-Vorschlages; zur Regelung im einzelnen vgl. von Graffenried 160 f.

Was schliesslich die Verantwortlichkeit für die Ausführung von Weisungen ausserhalb der gerechtfertigten Konzerninteressen betrifft, so ist diese Frage bei Zulassung eines Weisungsrechtes nicht anders zu beantworten als bei jeder anderen gesetzlichen Regelung der Weisungsproblematik. Werden widerrechtliche Anordnungen erteilt und befolgt, so haftet für den dadurch entstandenen Schaden ja bereits *de lege lata* zumindest der Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft¹³. An dieser Verantwortlichkeit würde auch eine generelle Zulassung von Konzernweisungen nichts ändern, da dadurch ja nicht die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung, sondern lediglich ihre Voraussetzungen modifiziert würden. Allerdings wäre es m.E. angebracht, die Haftung *de lege ferenda* ausdrücklich auf das weisungserteilende Organ auszuweiten, damit allfällige Geschädigte sich auch in diesem Bereich auf eine klare Rechtslage abstützen könnten. Unabhängig davon ist aber auf jeden Fall festzustellen, dass sich auch aus der Frage der Haftung für widerrechtliche Anordnungen nichts ableiten lässt, was gegen eine Zulassung von Konzernweisungen spricht.

Gesamthaft gesehen kann somit davon ausgegangen werden, dass die generelle Zulassung eines Weisungsrechtes im Konzern bei zweckmässiger Formulierung der einschlägigen Vorschriften keinerlei Bedrohung für die gerechtfertigten Interessen der Minderheitsaktionäre und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft darstellt. Ebenso ist festzuhalten, dass für die diesbezüglich zu schaffenden Gesetzesgrundlagen schon heute diverse Vorbilder und Vorschläge bestehen, die durchaus die notwendigen Qualitäten aufweisen, um nach ernsthafter Prüfung in der einen oder anderen Form übernommen werden zu können. Damit wird klar, dass *de lege ferenda* gegen eine generelle Zulassung von Weisungen im Konzern im oberwähnten Rahmen ernsthaft kaum etwas einzuwenden ist. Nachdem sich allfällige Alternativen zur Lösung der Weisungsproblematik als wenig überzeugend erwiesen haben, wird ein künftiges schweizerisches Konzernrecht deshalb kaum darum herumkommen, den heute noch so hoch gehaltenen Grundsatz der völligen rechtlichen Unabhängigkeit der Aktiengesellschaft zumindest im Bereich der verbundenen Unternehmen zu relativieren und das Recht der Konzernleitung, dem Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft verbindliche Weisungen zu erteilen, gesetzlich zu verankern.

¹³ Vgl. vorne § 12. Ob und in welchem Umfang daneben auch die Verwaltung der Obergesellschaft einer aktienrechtlichen Haftung unterliegt, ist heute mangels einschlägiger Normen nicht zweifelsfrei geklärt. Immerhin befürwortet ein Grossteil der Lehre eine prinzipielle Haftung nach den Grundsätzen der faktischen Organschaft; vgl. im einzelnen Forstmoser, Verantwortlichkeit N 708 ff.; Bürgi/Nordmann, Art. 753/754 N 124; von Planta 168 f.

§ 21 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

1. Aufgrund ihrer unterschiedlichen Optik stellen Konzernleitung und Gesetzgeber stark differierende Anforderungen an den Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft. Da eine gleichzeitige Befriedigung beider Seiten nicht möglich ist, entsteht dadurch ein permanenter Interessenkonflikt.
2. Die Intensität des Interessenkonfliktes hängt ganz von den Möglichkeiten und Absichten der Konzernleitung zur faktischen Druckausübung auf den Verwaltungsrat ab. Deshalb ist der abhängige Verwaltungsrat grundsätzlich gefährdeter als sein konzernfreier Kollege, da er einer stärkeren Bindung an jene unterliegt, trotzdem aber im gleichen Umfang für Schädigungen der Konzerngesellschaft haftet.
3. Massnahmen zur Milderung des Interessenkonfliktes bieten sich zwar theoretisch in verschiedener Form an, sind jedoch in praxi zumeist undurchführbar oder wirkungslos. Weder für den Versuch, unzulässige Weisungen zu verhindern, noch für das Bemühen, deren Schadens- und Haftungsfolgen zu begrenzen, stehen dem Verwaltungsrat der abhängigen Konzerngesellschaft geeignete Mittel zur Verfügung. Sein Interessenkonflikt ist deshalb nicht nur permanent, sondern zudem weitgehend unabwendbar.
4. Eine Überwindung des Interessenkonfliktes aufgrund der geltenden Rechtslage scheint ausgeschlossen. Eine Lösung kann nur durch Anpassung der einschlägigen Normen an die Anforderungen der Praxis gefunden werden. Zweckmässigerweise sollte dies im Rahmen der Schaffung eines eigentlichen Konzernrechtes erfolgen. Anzustreben wäre die Festschreibung einer generellen Zulassung von Weisungen im Konzern, verbunden mit einer wirksamen Absicherung der Minderheitsaktionäre und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft.

Lebenslauf

Geboren am 22. Januar 1958 in Winterthur. Schulen in Schönenberg/ZH und Rodels/GR. Herbst 1972 Eintritt ins Gymnasium Typus B der Bündner Kantonsschule Chur. 1977 Maturitätsprüfung, anschliessend Beginn des Studiums an der Hochschule St.Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften. 1979/80 einjähriger Studienunterbruch zur Absolvierung des obligatorischen Praktikums sowie der Offiziersschule. Herbst 1982 Abschluss des Studiums als Lizentiat der Rechtswissenschaft. Januar 1983 Beginn der Arbeiten an der Dissertation, vorerst ausschliesslich, ab Mai 1984 berufsbegleitend zur Tätigkeit als Substitut in einem Zürcher Anwaltsbüro. 9. Dezember 1987 Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft.

